This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

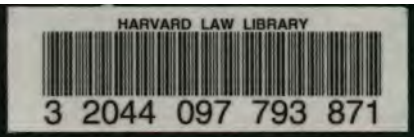
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 793 871

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

49
6 u. 7.

Die

Rechtsmittel im Strafverfahren

nach den

Grundsätzen des englisch-französischen Strafproceßrechtes

bearbeitet

von

Dr. Friedrich Walther,
Privatdocenten an der Ludwig-Maximilians-Universität

mit einem Vorworte

von

Dr. C. J. A. Mittermaier.

I. Abtheilung.

München.
Verlag von Christian Kaiser.
1853.

995

FORTY
W

MAY 6 1911

Vorwort.

Jede Gesetzgebung über Strafverfahren sucht möglichst viele Bürgschaften zu gewähren, welche das Vertrauen begründen, daß ein gefälltes Strafurtheil ein gerechtes sei. Außer den Bürgschaften, welche die Persönlichkeit der Richterpersonen gewähren sollen, sind es gewisse Formvorschriften, deren Beobachtung das allgemeine Vertrauen zur Gerechtigkeit der Urtheile einflößt. Gesetzliche Bestimmungen, wodurch die Grundsätze vom Beweise näher geregelt werden sollen, die Vorschrift, daß Entscheidungsgründe abzufassen sind, die Bestimmungen über eine gewisse Stimmenzahl, welche zu einer Verurtheilung gehören soll und Anordnung von Rechtsmitteln werden zu den schützenden Formen gerechnet. Vorzüglich hat man von jeher in dem Verfahren die Zulässigkeit von Rechtsmitteln gegen Urtheile als eine der wichtigsten Garantieen betrachtet. Die Geschichte lehrt, daß bei keinem Volke, wenn es auf eine höhere Stufe der Bildung kömmt, Schutzmittel, um Urtheile einer wiederholten Prüfung zu unterwerfen, mangeln. In der Einführung solcher Mittel wird ein wichtiger Fortschritt der Freiheit erkannt. Der Entwickelungsgang des Rechts in Deutschland hat seit mehreren Jahren die alten Rechtsansichten wesentlich erschüttert. Sobald man mit der Einführung des mündlichen öffentlichen Verfahrens mehr vertraut wurde, kam man dazu, über die frühere gesetzliche Beweistheorie den Stab zu brechen; der Glaube an die schützende Kraft der Entscheidungsgründe verlor sich, und als Schwurgerichte eingeführt wurden, war es für manche heimliche Gegner derselben wenigstens ein Trost, daß von jetzt an keine Entscheidungsgründe und keine Berufungen über den thatsächlichen Theil des Erkenntnisses nöthig wurden. Gewohnt, wie immer, bei den neuen Gesetzesarbeiten den Blick zunächst nur auf die Gesetzgebung Frankreichs zu richten, fand man

in Frankreich keine Appellation gegen ſchwurgerichtliche Urtheile, ſondern bloß die Kaſſation und die Reviſion. Zwar kannte die franzöſiſche Geſetzgebung noch eine Appellation gegen die Urtheile der Zuchtpolizeigerichte, die auch Entſcheidungsgründe über die Thatfragen zu geben hatten, und während in Deutſchland die meiſten Geſetzgebungen dieſe franzöſiſche Einrichtung in Bezug auf bezirksgerichtliche Urtheile nachahmten, ging man bald weiter, ſo daß einige Geſetzgeber z. B. der von Braunſchweig (Strafproceßordnung §. 92) auch gegen Urtheile der Bezirksgerichte keine Berufung zuließen. In dem neueſten den Preußiſchen Kammern vorgelegten Entwurfe eines Geſetzes über die Kompetenz des Kammergerichts zur Unterſuchung und Entſcheidung wegen Staatsverbrechen wird in §. 10 auch da, wo rechtsgelehrte Richter über politiſche Verbrechen urtheilen, keine Berufung zugelaſſen, weil, wie die Motive erklären, die Gründe, welche bei Vergehen und Uebertretungen die Berufung zu geſtatten rathen, nicht bei Verbrechen paſſen, indem bei ihnen in der förmlichen Voruntersuchung ein Schutz gegen Verſäumniß liegt, und weil der zweite Richter nicht den ganzen Eindruck der Sache hat, wenn nicht die Beweisaufnahme vollſtändig reproducirt wird; — findet aber (fahren die Motive fort) eine Wiederholung Statt, ſo wird der Eindruck nicht ſo rein und unverfälſcht ſein; namentlich werden häufig Einwirkungen auf die Zeugen Statt gefunden haben und zwar mit beſſerem Erfolg, weil ſich jetzt beſſer, als in erſter Inſtanz beurtheilen läßt, auf welche Momente es ankommen werde.

Auf dieſe Art erhält die Lehre von den Rechtsmitteln im Strafverfahren eine neue Wichtigkeit. Es kömmt auf die ſorgfältige Prüfung an, ob nicht die Geſtattung von Rechtsmitteln ſelbſt in der Richtung der Appellation zu dem Weſen eines ſchützenden Verfahrens gehört, oder ob ein ſolches Rechtsmittel im Widerſpruche mit dem mündlichen öffentlichen Verfahren, vorzüglich mit Schwurgerichten ſteht, und ob nicht bei dieſem Verfahren durch andere Einrichtungen hinreichende Bürgſchaften gegeben werden, welche die Appellation unnöthig machen, wie auf jeden Fall das Rechtsmittel der Nichtigkeit und Wiederaufnahme am Beſten geordnet werden kann.

Es ist bekannt, daß die Lehre von den Rechtsmitteln in der Wissenschaft vernachläßigt wurde. Alle bisher gelieferten Schriften enthalten nur ungenügende geschichtliche Nachweisungen oder Andeutungen; nur eine in den Niederlanden erschienene Schrift von Hulshoff „de appellandi facultate in causis criminalibus". Amstelod. 1846 geht etwas tiefer in die Lehre ein; allein auch sie erörtert nicht die praktisch und legislativ wichtigen Fragen.

Um so verdienstlicher ist eine Schrift, welche nicht bloß die geschichtlichen Materialien treu aus den Quellen auch in dem Zusammenhange, in welchem allein eine rechtshistorische Forschung werthvoll ist, nämlich im Zusammenhange mit dem politischen und moralischen Zustande eines Volkes und allen socialen Elementen erörtert, sondern auch die Lehre nach allen ihren Beziehungen wissenschaftlich und praktisch entwickelt, in alle Einzelnheiten und in die für den Gesetzgeber wichtigen Fragen eingeht, und das Wesen der in die Lehre von den Rechtsmitteln einschlägigen Einrichtungen scharf zergliedert. Eine solche Schrift verdankt die Wissenschaft dem wissenschaftlichen Eifer des Herrn Dr. Walther, der in seinen bisher gelieferten Arbeiten, in der Schrift über den Funddiebstahl, über das hochverrätherische Komplott, in dem (im Archiv des Kriminalrechts abgedruckten) Aufsatze über die processualische Wirkung des Geständnisses im Schwurgerichtsverfahren seine wissenschaftliche Tüchtigkeit an den Tag gelegt hat. Gründlichkeit, welche nicht bloß mit Phrasen oder allgemeinen Andeutungen sich begnügt, sondern tief in die Sache eingeht, und sie in allen Einzelnheiten ihrer Anwendung verfolgt, ein feiner philosophischer Zergliederungsgeist, das (durch philologische Studien entwickelte und gestärkte) Talent, die Quellen in allen ihren Einzelnheiten und in ihrem großen Zusammenhange zu erforschen, ein richtiger Sinn, welcher das praktische Bedürfniß erforscht, Erfahrungen überall sammelt und prüft, mit dem Gange und den Leistungen der Wissenschaft redlich sich befreundet, sind die Eigenschaften, welche den Verfasser auszeichnen.

Indem ich seinem Wunsche, seiner Arbeit über die Rechtsmittel ein Vorwort beizufügen, nicht bloß aus verwandtschaftlicher Liebe

gerne nachkomme, erkläre ich, daß ich die vorliegende Schrift, in welcher ich die oben bemerkten Eigenschaften des Verfassers bewährt finde, mit dem besten Gewissen als eine bedeutende, die Wissenschaft fördernde und für Jeden, welcher sich mit Arbeiten der Gesetzgebung beschäftigt, beachtungswerthe empfehlen kann. —

Was namentlich das Rechtsmittel der Berufung betrifft, so kann ich mir nicht versagen, einige der Mehrzahl der Schriftsteller vielleicht nicht so zugängliche wichtige statistische Nachrichten aus der französischen Praxis mitzutheilen. Ich verdanke dem französischen Ministerium die Mittheilung eines Exemplars seines über die Ergebnisse der französischen Kriminaljustiz von 1826 bis 1850 erstatteten Berichts. Von 3,675,362 Urtheilen, welche von 1826 — 1850 in Frankreich von den Zuchtpolizeigerichten gefällt waren, wurden durch Appellation 163771 angegriffen (also etwa $^1/_{20}$, nämlich 46 von 1000). Die Appellationsgerichte bestättigen durchschnittlich im Jahre die Hälfte der Urtheile; von 1826 — 1830 wurden 537 bestättiget, 463 abgeändert; von 1831 — 1835 erfolgten in 553 Fällen Bestättigungen, in 447 Abänderungen; von 1836 — 1840 wurden 585, von 1841 — 1845 604, von 1846 — 1850 610 Urtheile bestättiget, und von 1836 — 1840 415, von 1841 — 1845 396, von 1846 — 1850 390 Urtheile ganz oder theilweise abgeändert. Man bemerkt leicht, daß die Zahl der abgeänderten Urtheile von Jahr zu Jahr abnimmt. Bei den 163771 Berufungen waren 220050 Personen betheiliget; 126726 appellirten selbst, 75575 schlossen sich an die von den Staatsanwälten erhobene Appellation an; in Bezug auf 127930 Personen änderte die Appellation nichts an dem Urtheile. In Ansehung von 3521 erklärte das Appellationsgericht die Inkompetenz des korrektionellen Gerichts; 22228 Personen, die in erster Instanz losgesprochen waren, wurden in zweiter Instanz verurtheilt; gegen 16822 ergieng ein die Strafe verschärfendes Urtheil; 18456 in erster Instanz Verurtheilte wurden in zweiter Instanz losgesprochen, und 31093 erhielten eine geringere Strafe. Im Jahre 1850 wurde gegen 9062 Urtheile Berufung eingelegt (von 11879 Individuen); 3421 schlossen sich nur an die Appellation des Staats-

anwaltes an; in 1119 Fällen appellirte der Staatsanwalt und der Verurtheilte. 947 in erſter Inſtanz Losgeſprochene wurden in der zweiten Inſtanz verurtheilt; 729 Perſonen, die in erſter Inſtanz verurtheilt waren, wurden in zweiter losgeſprochen; bei 1274 wurde von dem Appellationsrichter (auf eingelegte Berufung des Staatsanwalts) die Strafe der erſten Inſtanz erhöht; gegen 1515 wurde die Strafe herabgeſetzt.

Auffallend iſt die Ungleichheit in der Zahl der Berufungen nach Verſchiedenheit der Gerichtshöfe; während in manchen Gerichtsbezirken nur 10 (z. B. in Tours) 11 (Chateauroux, Laval), in anderen 20, 24, 28 (Meurthe, le Puy, Digue, Gap) vorkamen, findet man in Paris 1369, in Kolmar 407, in Korſika 221, in Douay 231, in Lyon 282 Appellationen. Noch ungleicher iſt das Verhältniß des Erfolges der Berufungen, vorzüglich in Bezug auf Losſprechungen: während in Paris 128 von 1628 Verurtheilten, in Kolmar von 510 Appellirenden 9 losgeſprochen wurden, bewirkte in Julle von 60, in Digue von 52, in Epinal von 77, in Nevers von 104 Appellirenden nur Einer die Losſprechung in zweiter Inſtanz. Das franzöſiſche Geſetz gibt bekanntlich den Parteien das Recht, zu der Verhandlung in zweiter Inſtanz Zeugen vorrufen zu laſſen. Nach der Tabelle trat eine ſolche Vorrufung nur in 309 Fällen ein.

Wir ſind im Stande, unſeren Leſern eine noch mehr in Einzelnheiten eingehende Tabelle über die Berufungen gegen Urtheile der Zuchtpolizeigerichte vorzulegen, nämlich aus Belgien über die Jahre 1836—1849. In den letzten 10 Jahren wurden in Belgien 6476 Berufungen gegen ſolche Urtheile eingelegt. Ergangen waren im Ganzen 215711 Urtheile. Die Zahl der Berufungen hat ſich etwas vermindert. Während im Jahre 1837 718, 1838 468 Appellationen vorkamen, betrug die Zahl im Jahre 1847 nur 575, 1848 571 und 1849 562. Es kamen durchſchnittlich 3 Appellationen auf 100 Urtheile. In 3626 Fällen erging die Beſtättigung des Urtheils in zweiter Inſtanz; abgeändert wurden 2773 Urtheile. Durchſchnittlich ſind 43 Urtheile auf 100 in zweiter Inſtanz abgeändert; und zwar gegen 888 (alſo 10 von 100, welche Berufung ergriffen), welche

in erſter Inſtanz losgeſprochen wurden, erging eine Verurtheilung in zweiter Inſtanz. 964, die in erſter Inſtanz verurtheilt waren (alſo 11 von 100), wurden losgeſprochen; gegen 579 (alſo 7 auf 100) wurde die in erſter Inſtanz erkannte Strafe verſchärft; 1014 (alſo 12 auf 100) erreichten durch Appellation, daß die Strafe gemildert wurde.

In 288 Fällen wurde die Berufung von der Civilpartei, in 382 von einer öffentlichen Verwaltungsſtelle, in 3469 von den Staats-Anwälten der erſten Inſtanz, in 230 von dem Generalprokurator ergriffen.

Es mag nicht ohne Intereſſe ſein, auch die Vergehen näher kennen zu lernen, bei welchen am häufigſten Appellationen eingelegt wurden. Dahin gehören vorzüglich vorſätzliche Körperverletzungen (Berufungen kamen vor 1476, in 837 erfolgte Beſtättigung, in 639 Abänderung), Diebſtähle ohne erſchwerende Umſtände (1239 Berufungen hatten den Erfolg, daß 763 Urtheile beſtättiget, 476 abgeändert wurden); bei 137 wegen Diffamation, Kalumnie ergriffenen Berufungen erfolgten 77 beſtättigende und 60 abändernde Urtheile; bei 195 wegen Betrugs ergriffenen Berufungen beſtättigte das Appellationsgericht in 128 und änderte in 67 Fällen das Urtheil. Wegen Zweikampfes wurde gegen 14 Urtheile Berufung eingelegt, in 7 Fällen erfolgte Beſtättigung, in 7 Abänderung. Wegen unbewaffneter Rebellion (bekanntlich im franzöſiſchen Sinne ebenſo die Wiederſetzung gegen Beamte, als Tumult umfaſſend) wurden 107 Appellationen ergriffen mit dem Erfolge, daß 44 Urtheile beſtättiget und 63 abgeändert wurden. Die Vergleichung dieſer mitgetheilten Ergebniſſe der Kriminalſtatiſtik liefert reichhaltigen Stoff zu Betrachtungen. Wir wollen daraus nicht die abſolute Nothwendigkeit der Berufung ableiten, gegen welche in dieſer Schrift ſo ſcharfſinnig Gründe angeführt ſind, deren Gewicht Niemand verkennen kann.

Was ſodann die Frage der Geſtattung einer Berufung gegen Wahrſprüche der Geſchwornen in Bezug auf die Schuldfrage betrifft, ſo dürfte für die Leſer nicht ohne Intereſſe ſein, zu erfahren, daß in Europa es ein Land giebt, in welchem gegen die Wahrſprüche eine Berufung zuläßig iſt. Ein ſolches Land iſt die Inſel Jerſey.

Wir wollen vorerſt daran erinnern, daß auf dieſer Inſel, ſowie überhaupt auf den ſogenannten Channel Islands das alte Normanniſche Recht gilt, indem die engliſche Regierung auf dieſen faſt ausſchließlich von Normannen bewohnten Inſeln das alte Geſetz fortbeſtehen ließ. Dies Normanniſche Recht iſt allerdings durch Gerichtsgebrauch fortgebildet (Forſyth in ſeinem Werke: History of the trial by Jury. London 1852 giebt darüber pag. 208 bis 214 Nachricht). Wir ſind im Stande, unſeren Leſern eine neuerlich vorgekommene Verhandlung mitzutheilen. Ein gewiſſer Fouquet wurde am 22. Aug. 1851 von der kleinen Jury in Jerſey wegen Mordes ſchuldig befunden. Am 27. Auguſt erſchien er nun vor der grande enquete of the Island und appellirte an ſie. Es waren 9 rechtsgelehrte Richter und 24 ſorgfältig ausgewählte Geſchworne gegenwärtig. Die evidence, wie ſie in der erſten Verhandlung vorkam (und bekanntlich von dem engliſchen Präſidenten ſorgfältig aufgezeichnet wird), wurde vorgeleſen; darauf erklärte der Vertheidiger, daß er zeigen könne, daß von Seite des Angeklagten bei der Tödtung kein Vorbedacht vorhanden war (um die Anklage auf Mord zu zerſtören). Der Vertheidiger begründete ſeine Behauptung mit Beziehung auf die vorgekommenen Zeugen, die er anders zu erklären ſuchte. Der Generaladvokat ſuchte dagegen nachzuweiſen, daß Mord vorhanden und der ergangene Wahrſpruch ein gerechter war. Der Präſident (Baillif) reſumirte und gab ſeine Charge an die Jury. Nach 25 Minuten erklärte der Vormann der Geſchwornen, daß ſie nicht einig werden könnten. Jedes Mitglied der 24 Geſchwornen trat dann vor und ſprach einzeln ſeine Meinung aus. Der Baillif erklärte hierauf, daß nachdem von 24 Geſchwornen 21 das Daſein des Mordes annehmen, dies genüge und daher der erſte Wahrſpruch beſtättiget ſei, worauf der Vertheidiger den Antrag ſtellte, daß nur Transportation erkannt werden ſollte, wogegen der Generalanwalt auf Todesſtrafe antrug. Der Baillif berieth dann mit den Richtern, von welchen Einer für Transportation ſich ausſprach, während die Uebrigen Todesſtrafe erkannten, worauf das Todesurtheil ausgeſprochen wurde.

Wir wollen aber mit dieſer Mittheilung nicht ein Vorbild auf-

geſtellt haben, wonach bei uns eine Berufung gegen Wahrſprüche der Geſchwornen angeordnet werden ſolle.

Uns iſt von jeher die Frage, wie am zweckmäßigſten die in der Geſtattung von Rechtsmitteln liegende Garantie in Strafſachen benützt werden könne, eine der wichtigſten für den Geſetzgeber erſchienen. Wir ſind überzeugt, daß die Schrift, die wir mit einem Vorworte begleiten, weſentlich dazu beitragen wird, die Geſetzgebungskunſt zu fördern und den mit Geſetzgebungsarbeiten Beſchäftigten auf alle Fragen und Rückſichten aufmerkſam zu machen, von deren Beachtung ein gutes Syſtem der Rechtsmittel abhängt.

Je mehr ſchon das Verfahren in erſter Inſtanz ſo geordnet iſt, daß die auf den Grund deſſelben gefällten Urtheile volles Vertrauen genießen, deſto einfacher wird das Syſtem der Rechtsmittel ſein. Die Garantien aber, welche ein Vertrauen einflößendes Strafverfahren gewähren muß, liegen nicht bloß in gewiſſen Formen, die ohnehin leicht gewendet werden können, wie man es braucht, ſondern weit mehr in dem guten Geiſte, welcher Alle durchdringt, die für die Verwaltung der Strafjuſtiz thätig ſein müſſen, vorzüglich in einer Perſönlichkeit der Richter, die mit wahrer Unabhängigkeit Verhandlungen leiten und Urtheile fällen. Dieſer Geiſt aber, ohne deſſen Wehen wir alle Formen nur als papierne Schutzwehr betrachten, iſt das Erzeugniß Vertrauen einflößender politiſcher, ſocialer und moraliſcher Zuſtände eines Volkes.

Heidelberg, 27. Febr. 1853.

Dr. Mittermaier.

Vorrede.

Wenn wir in der deutschen juristischen Literatur der neuesten Zeit Rundschau halten, so finden wir, daß das Strafproceßrecht zu denjenigen Disziplinen gehört, welche sich einer besonders vielseitigen Pflege zu erfreuen haben. Die nächste Veranlassung zu dieser qualitativ ebenso wie quantitativ hervorragenden, Achtung gebietenden literarischen Thätigkeit mag allerdings in den jüngsten legislativen Veränderungen auf diesem Gebiete gefunden werden. So großen Antheil aber auch diese Veränderungen an jener Erscheinung haben, so ist doch nicht zu übersehen, daß der bezeichneten Gesetzgebung nicht nur eine hiezu anregende bedeutende Literatur, sondern auch vermittelnde legislative Versuche vorangegangen sind. Wissenschaft und Gesetzgebung hatten sich schon lange vor dem Jahre 1848 mit der Reform des Strafprocesses in Deutschland beschäftiget [1]) und konnten von jenen Veränderungen nicht so überrascht werden, als dies hie und da angenommen zu werden scheint. Nur mit Rücksicht auf das, was diesen Veränderungen vorausgegangen war, läßt sich jene Erscheinung begreifen.

Wenn nun trotz dieser langjährigen und stets in den besten Händen gelegenen Pflege unserer Disziplin noch Manches zu thun übrig ist, so kann daraus dieser Pflege doch kein Vorwurf erwach-

1) Nur beispielsweise führen wir hier an die vor dem Jahre 1848 erschienenen historischen und kritisch-reformatorischen Schriften von J. Grimm, Rogge, Feuerbach, Maurer, Biener, Michelsen, Mittermaier, Zachariä, Rüttimann, Stemann und Köstlin, sodann den vielbesprochenen Bericht der sog. Preußischen Immediat-Justiz-Kommission, den bayerischen Entwurf einer Strafproceßordnung von 1831 und den erst 1848 von G. Hohe herausgegebenen Bericht des Dr. Ignaz v. Rudhart hierüber, die badische und die württembergische Strafproceßordnung von 1845 und 1843, endlich die Verhandlungen der Germanisten zu Frankfurt und Lübeck, sowie zahlreiche Artikel in der krit. Zeitschr. für Rechtswissensch. des Auslandes und in der Zeitschrift von Jagemann, Temme und Röllner.

ſen, ſondern muß dies auf Rechnung der Neuheit jener Veränderungen geſetzt werden. Denn wenn die Einrichtung eines neuen Hauſes auch noch ſo lange und ſorgſam vorher überlegt wurde, viele weſentliche Bedürfniſſe können ihre Befriedigung erſt dann finden, wenn das Haus wirklich bezogen und bewohnt iſt. Zu den Theilen des neueren deutſchen Strafproceßrechts, welche einer gründlichen und umfaſſenden Bearbeitung zur Zeit noch bedürftig ſind, gehört nach des Verfaſſers Anſicht vorzugsweiſe die Lehre von den Rechtsmitteln. Daß dem ſo ſei, muß aus der vorliegenden Schrift ſelbſt hervorgehen, wenn auch der Verſuch, dem Bedürfniſſe abzuhelfen, nicht gelungen ſein ſollte. Der Sachverſtändige wird ihn mit derjenigen Rückſicht aufnehmen und beurtheilen, auf welche er wegen der dabei zu überwindenden Schwierigkeiten Anſpruch zu haben ſcheint. Im Vertrauen hierauf übergibt ihn der Verfaſſer dem Publikum ohne weitere Empfehlung.

Zur vorläufigen Orientirung des Leſers über die Art und Weiſe der Behandlung des Gegenſtandes ſei es aber geſtattet, der Schrift einige Bemerkungen voranzuſchicken.

Die literariſche Thätigkeit auf unſerem Gebiete zerfällt, wenn wir auf das praktiſche Ziel derſelben ſehen, in zwei Hauptklaſſen: das neue Recht wird entweder kommentirt oder kritiſirt und zu reformiren geſucht. Was vorerſt die Kommentation betrifft, ſo ſehen wir nach dieſer Richtung die beſten Kräfte aufgeboten, um jeder billigen Anfoderung Genüge zu leiſten. Wenn die Kommentation des neuen Rechts einen ſo energiſchen Fortgang nimmt, wie der Anfang war, ſo wird ſie bald nichts mehr zu wünſchen übrig laſſen. Nicht minder aber wird die kritiſch-reformatoriſche Richtung verfolgt. Ja anſtatt zu befürchten, die deutſche Wiſſenſchaft werde ſich bei der neueſten Geſetzgebung unbedingt beruhigen, war vielmehr von ihrer innern Natur nicht anders zu erwarten, als daß ſich gerade für dieſe Richtung eine beſondere Vorliebe kund geben werde. Die Betrachtung der Natur der Sache, Geſchichtsforſchung, vergleichende Jurisprudenz und Erfahrung haben auch bereits ein ſo reiches Material zuſammengebracht, daß die Geſetzgebung Mühe haben wird, deſſelben nur

Meiſter zu bleiben. Vielleicht wäre ſogar zu wünſchen, die kritiſch-reformatoriſche Thätigkeit möchte einen etwas langſameren Schritt annehmen. Jedenfalls handelt die Geſetzgebung weiſe, wenn ſie an ihrer ohnehin neuen Schöpfung keine weſentlichen Aenderungen vornimmt, ohne daß ſich deren Zweckmäßigkeit aus jenen Beſtrebungen als feſtes, zuverläßiges Reſultat ergeben hat. Inzwiſchen wird ſie aber wünſchen, daß die Wiſſenſchaft ihre Thätigkeit ungehindert fortſetze.

Was nun die vorliegende Schrift anbelangt, ſo gehört ſie der letzteren Richtung an. Der Grund, warum der Verfaſſer ſeinen Gegenſtand kritiſch-reformatoriſch behandelt habe, liegt in dieſem ſelbſt, — was aus der Schrift klar werden muß. Sie iſt alſo kein Kommentar zu dem betreffenden engliſchen oder franzöſiſchen oder irgend einem anderen Rechte.

Die Kritik iſt zunächſt auf die Lehre von den Rechtsmitteln im franzöſiſchen Rechte gerichtet, und zwar ſowohl deßhalb, weil dieſes das Vorbild für die neuere deutſche Geſetzgebung war, als auch deßhalb, weil daſſelbe nach des Verfaſſers Anſicht fortan die Grundlage der neueren deutſchen Geſetzgebung bleiben muß, und es ſich bei der Reform auf dieſem Gebiete überall nur um Aenderung im Einzelnen handeln kann. So ſehr auch der Verfaſſer von den Vorzügen des engliſchen Rechts in anderen Theilen des Strafproceß-Rechtes vor dem franzöſiſchen überzeugt iſt, ſo hält er doch jenes Recht in der Lehre von den Rechtsmitteln für nicht nachahmungswürdig. Soferne alſo die Kritik eine praktiſche Tendenz haben will, iſt ſie in der fraglichen Materie der ausgeſprochenen Anſicht gemäß von ſelbſt auf das franzöſiſche Recht hingewieſen. Ungeachtet dieſer Beſchränkung wird aber die Reform noch immer genug zu thun finden.

Als Ausgangspunkt und Maaßſtab ſowohl für die Kritik, als die Reformvorſchläge wurde, wie der Titel anzeigt, das engliſch-franzöſiſche Strafproceßrecht angenommen, und zwar nicht bloß darum, weil die Grundſätze dieſes Rechts jetzt in der deutſchen Geſetzgebung zur Geltung gelangt ſind, ſondern auch darum, weil der Verfaſſer der Anſicht iſt, daß ſie ihre Rechtfertigung in dem normalen Entwickelungs-

Gange des deutſchen Strafproceßrechtes ſelbſt haben. Der Verfaſſer glaubt zwar keineswegs, daß dieſelben unübertrefflich und für alle Zukunft unantaſtbar ſeien; er bekennt ſich vielmehr zu der Anſicht, daß der Geiſt der Rechtsbildung niemals ſtille ſtehe und ewig in neuen Schöpfungen fortwirke. Die Erſcheinung des Rechts bleibt ſtets an Raum und Zeit gebunden; von einem abſolut Richtigen und abſolut Guten kann daher hier nie die Rede ſein, wohl aber von einem relativ Richtigen und relativ Guten. Dieſes Recht iſt dasjenige, welches dem jeweiligen Standpunkte des Entwickelungsganges im Ganzen entſpricht. Die würdigſte Aufgabe der Wiſſenſchaft erſcheint dem Verfaſſer die, überall dieſem Entwickelungsgange nachzuforſchen und im Einzelnen zu zeigen, was demſelben entſpreche. Das Beſtreben, einzelnes Widerſprechende mit dem Ganzen in Harmonie zu bringen, ergiebt ſich hieraus von ſelbſt.

Wenn wir nun den Entwickelungsgang des Strafprozeßrechts in Deutſchland betrachten, ſo ſtellt ſich unter Anderem als eine der wichtigſten unleugbaren Thatſachen dar, daß derſelbe ſeit Jahrhunderten auf Herſtellung der Herrſchaft jenes Prinzipes gerichtet iſt, welches man gewöhnlich das Streben nach materieller Wahrheit nennt, und welches der Verfaſſer kurzweg Unterſuchungsprinzip nennen möchte, wenn auch der gewöhnliche Sprachgebrauch damit nicht übereinſtimmt.

Man begreift unter dem Worte „Unterſuchungsprinzip“ gewöhnlich 2 Hauptgrundſätze: die Verfolgung der Verbrechen von Amtswegen oder Staatswegen und das Streben nach materieller Wahrheit. Der Verfaſſer glaubt in dieſem Sprachgebrauche einen nicht unerheblichen Mißſtand erblicken zu dürfen.

Für's Erſte iſt es immer ſchlimm und führt leicht zu mannigfaltigen Mißverſtändniſſen, wenn in einer Wiſſenſchaft zwei von einander verſchiedene Dinge mit Einem und demſelben Worte bezeichnet werden, mögen dieſe auch in einem noch ſo innigen Zuſammenhange mit einander ſtehen. In einem ſolchen Zuſammenhange ſtehen die beiden Grundſätze allerdings, inſoferne ſie beide Konſequenzen des höheren Prinzips der Gerechtigkeit ſind und geſchichtlich in der Regel gleichzeitig miteinander auftreten. Auch das iſt richtig, daß die Ver-

folgung der Verbrechen von Amtswegen immer das Streben nach materieller Wahrheit (freilich nicht immer konsequent durchgeführt) mit sich bringt, daß jenes niemals ohne dieses vorkommt. Dagegen scheint nicht richtig zu sein, wenn Köstlin (der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im 19. Jahrh. Tüb. 1849 S. 46 a. E.) behauptet: „das Untersuchungsprinzip sei nie und nirgends in Verbindung mit der an die Privatwillkühr überlassenen Verfolgung des Verbrechens aufgetreten." Köstlin selbst scheidet hier zwischen Untersuchungsprinzip (Streben nach materieller Wahrheit) und — wenn dieses neue Wort gestattet ist — Offizialprinzip (Verfolgung der Verbrechen von Staats- oder Amtswegen). Daß aber das Erstere wirklich ohne das Letztere bestehen, daß das Streben nach materieller Wahrheit wirklich in Verbindung mit der an die Privatwillkühr überlassenen Verfolgung des Verbrechens auftreten könne, beweist der Rechtszustand Englands, wie wir ihn bis zur Stunde noch finden. Noch heute ist in England — abgesehen von den Staatsverbrechen — die Verfolgung des Verbrechens der Hauptsache nach der Privat-Willkühr überlassen, und zwar dergestalt, daß effektiv ganz notorische Verbrechen unverfolgt und unbestraft bleiben. Und dennoch ist, wie Jedermann weiß, im englischen Strafverfahren das Streben nach materieller Wahrheit im Ganzen genommen so weit getrieben, als es überhaupt getrieben werden soll, d. h. als es mit dem Rechte der Persönlichkeit, welches auch in dem Angeklagten geachtet werden muß, verträglich ist.

Was aber sowohl logisch als geschichtlich trennbar ist, das sollte auch terminologisch von einander geschieden werden, und es sollten weder die beiden Grundsätze zusammen, noch jeder für sich allein mit dem Ausdrucke „Untersuchungsprinzip" bezeichnet werden. Der Verfasser erlaubt sich den Vorschlag zu machen, hinfüro nur den Einen der beiden Grundsätze mit diesem Worte zu bezeichnen, und zwar den Grundsatz des Strebens nach materieller Wahrheit. Hiefür spricht die Terminologie der Civilproceßtheorie, wo der Gegensatz der Verhandlungsmaxime — und dieser Gegensatz ist das Streben nach materieller Wahrheit — Untersuchungsmaxime genannt wird.

Hiefür ſpricht ferner der Umſtand, daß die Tendenz, das Streben nach materieller Wahrheit zur Geltung zu bringen, den inneren Kern deſſen bildet, was die Einführung der kanoniſchen inquisitio bezweckte.

Beide Grundſätze mit dem Einen Worte zu bezeichnen iſt auch aus dem Grunde nicht zweckmäßig, weil dann die Behauptung richtig iſt, daß im engliſchen Proceſſe, der immer mehr als Muſter in den Vordergrund geſtellt wird, das Unterſuchungsprinzip nicht herrſche, und ſo der von Köſtlin mit Recht bekämpfte Irrthum, als dürfe im Strafproceſſe das Unterſuchungsprinzip nicht herrſchen, eine wenn auch nur theilweiſe richtige Grundlage erhält. Für den Grundſatz der Verfolgung des Verbrechens von Staats- oder Amtswegen dürfte vielleicht der Ausdruck „Offizialprinzip“ zu empfehlen ſein. Auf dieſe Art hätten wir eine beſtimmte, feſte und bezeichnende Terminologie, — leicht faßliche Begriffe mit ganz handgreiflichen Gegenſätzen: das Unterſuchungsprinzip mit ſeinem Gegenſatze, — der Verhandlungsmaxime und das Offizialprinzip mit ſeinem Gegenſatze, — dem Prinzipe der Privatanklage.

Sicherlich wäre es gar nicht zu dem angeführten Irrthume gekommen, wenn nicht jener Sprachgebrauch geweſen wäre. Er war die Quelle deſſelben, wenn auch noch andere Mißgriffe einwirkten. Man hätte gewiß nicht von Abſchaffung des Unterſuchungsprinzipes und Einführung des Anklageprinzipes ſprechen können, wenn man nicht den Grundſatz der Verfolgung von Staatswegen auch unter dem Worte Unterſuchungsprinzip verſtanden hätte; denn der Irrthum bezog ſich nicht auf den Grundſatz des Strebens nach materieller Wahrheit, der allerſeits unangefochten blieb, ſondern auf das Offizialprinzip. Man war zwar keineswegs der Meinung, als müſſe das letztere aufgegeben und an ſeine Stelle das Gegentheil, wie es in England beſteht, geſetzt werden. Aber der Irrthum bezog ſich inſoferne auf das Offizialprinzip, als man glaubte, mit der Aenderung der Form deſſelben müſſe das Unterſuchungsprinzip aufgegeben werden. Der Irrthum beſtand darin, daß man, wie Köſtlin dies treffend ausdrückt, die bloße Form des Offizialprinzips, wie ſie in Frankreich beſteht, „zu einem Prinzipe hinaufſchraubte“ und ſich zu

dem Schluſſe berechtiget hielt: der frühere gemeinrechtliche Strafproceß beruht auf dem Unterſuchungsprinzipe; in dieſem Proceſſe giebt es kein beſonderes, eigenes Anklageamt; wir wollen nun ein ſolches Anklageamt; — alſo iſt der Unterſuchungsproceß abzuſchaffen und an die Stelle des Unterſuchungsprinzips das „Anklageprinzip“ zu ſetzen.

Köſtlin hat den fraglichen Irrthum ſo ſchlagend nachgewieſen, daß wir nicht nöthig haben, uns weiter bei demſelben aufzuhalten.

Als zwei der bedeutendſten Konſequenzen unſeres Unterſuchungs-Prinzipes können wir nun das Prinzip der Mündlichkeit und das Prinzip der Entſcheidung der Thatfrage nach der freien Ueberzeugung des Richters betrachten. Daß letzteres aus dem Unterſuchungsprinzipe hervorgehe, haben wir in §. 23 aufzuzeigen verſucht. Daß das Streben nach materieller Wahrheit das direkte, mündliche oder unmittelbare Beweisverfahren vor dem Richter über die Schuld erfodere, weil die Mittel zur Erkenntniß der Wahrheit hier viel reicher ſind, als bei dem Entſcheiden nach dem in Akten zuſammenzubringenden Materiale, iſt ohnehin klar.

Wenn nun dieſe beiden Prinzipien im engliſchen und franzöſiſchen Strafverfahren ſchon galten, als bei uns noch die Aktenmäßigkeit und bindende Beweistheorien herrſchten, — ſo war es ſehr natürlich, daß der auf Erweiterung der Herrſchaft des Unterſuchungs-Prinzipes abzielende Entwickelungsgang unſeres Strafproceſſes nach jenen Rechten hin gravitirte. Die jüngſten Veränderungen in unſerem Strafproceßrechte kann nur derjenige unerklärlich finden und für eine Abweichung von dem normalen Entwickelungsgange halten, welcher dieſem entweder nicht nachgeforſcht hat, oder ihn nicht zu begreifen vermochte. Der wahre Hiſtoriker konnte ſie wohl ferner glauben und in anderer Form auftretend wünſchen, aber durch den weſentlichen Inhalt derſelben konnte er nicht überraſcht werden und mußte ſie im Großen und Ganzen genommen als normalen, längſt angezeigten Fortſchritt zum Beſſeren willkommen heißen. Der wahre Hiſtoriker mußte es beklagen, daß die als nothwendig erkannten Reformen nicht in nationalem, ſondern im franzöſiſchen Gewande auftraten; — aber er kann weder das Fremde bloß deßhalb zurück-

weiſen, weil es fremd iſt, noch auch Alles für fremd halten, was anderwärts früher exiſtirte, als im Vaterlande.

Was die Grundprinzipien des engliſch-franzöſiſchen Strafproceſſes, insbeſondere das der Mündlichkeit und das der Entſcheidung der Thatfrage nach der freien Ueberzeugung des Richters, betrifft, ſo kann der Verfaſſer in demſelben nichts unſerem Rechtsbewußtſein Fremdartiges erblicken, ſondern hält ſie als Ausflüſſe des Unterſuchungsprinzipes für ebenſo hiſtoriſch, wie in der Natur der Sache ſelbſt begründet. Derſelbe glaubt daher, auf durchaus ſicherem hiſtoriſchen Boden zu ſtehen, wenn er dieſe Prinzipien zur Grundlage ſeiner Bearbeitung der Lehre von den Rechtsmitteln nimmt und den Verſuch macht, zu zeigen, was ſich aus ihnen für die legislative Behandlung dieſer Lehre ergebe. Das franzöſiſche Recht und die ihm folgende neuere deutſche Geſetzgebung enthalten in dieſer Materie Beſtimmungen, welche mit den erwähnten Prinzipien nicht harmoniren, welche hinter dem bezeichneten Entwickelungsgange des Strafproceßrechtes zurückgeblieben ſind. Dies nachzuweiſen und die nothwendige Harmonie herzuſtellen, ſomit die Herrſchaft des Unterſuchungs-Prinzipes in einem bisher etwas vernachläßigten Theile unſeres Rechtes zur Geltung zu bringen, iſt der Zweck der vorliegenden Schrift.

Der Verfaſſer iſt nämlich der Anſicht Stahl's (Rechtsphiloſophie II, 1 S. 23 u. 25), daß, „die Rechtsinſtitute einen organiſchen Charakter haben ſollen, weil das Organiſche das Nachbild, der Typus der Perſönlichkeit im Unperſönlichen iſt," und daß „Organismus da ſei, wo das Leben des ganzen Körpers in jedem Theile enthalten iſt, — Syſtem und nicht bloß Schema da ſei, wo die ganze Erkenntniß in jedem Theile gegenwärtig iſt." —

Schließlich noch einige Vorbemerkungen über Aeußerlichkeiten. Die vorliegende Schrift bildet zwar ein in ſich abgeſchloſſenes ſelbſtſtändiges Ganze; — allein dem ihr vorgeſetzten Titel gemäß iſt ſie doch nur ein Theil einer größeren Abhandlung. Sie verhält ſich zu dieſer gleichſam wie eine Propädeutik zu der Darſtellung des Gegenſtandes ſelbſt, und ſelbſt als Propädeutik will ſie nicht ganz vollſtändig ſein. Sie ſteht nämlich ſowohl im hiſtoriſchen, als im dogmatiſchen

Abſchnitte von der Anfechtung eines Kontumazialurtheiles gänzlich ab und hat überall nur den Fall der Anweſenheit des Angeklagten vor Augen. Ja noch mehr; ſie beſchränkt ſich faſt durchgehends auf die Betrachtung der Anfechtung eines Endurtheiles. Was die Anfechtung anderer gerichtlicher Handlungen und der Kontumazialurtheile betrifft, ſo wird darüber das Nöthige in der zweiten Abtheilung, welche die einzelnen Rechtsmittel abzuhandeln hat, vorgebracht werden; insbeſondere wird in dem Kapitel von der Anfechtung der Kontumazialurtheile auf die Geſchichte ſpeziell eingegangen werden.

Sollte vielleicht in dem Vorliegenden noch Anderes vermißt werden, ſo wird zwar der Verfaſſer deßfallſige Andeutungen dankbar annehmen, bittet jedoch, mit Tadel zu warten, bis die zweite Abtheilung vorliegt, was hoffentlich noch im Laufe dieſes Jahres der Fall ſein wird. Er hat z. B. die Frage, ob freiſprechende Erkenntniſſe anfechtbar ſeien, abſichtlich der zweiten Abtheilung vorbehalten. Die Kritik wird ohne Zweifel in dem Vorliegenden Anlaß genug zu Bemerkungen finden; ſie wird nicht genöthiget ſein, ihre Zuflucht zu dem Vorwurfe zu nehmen, daß der Verfaſſer Dieſes oder Jenes nicht gebracht, was er hätte bringen ſollen. Der Verfaſſer iſt weit davon entfernt, zu wähnen, daß die vorliegende Schrift über den Tadel erhaben ſei.

Wer aber glaubt, daß der Verfaſſer, welcher ſich ſelbſt durch ſeine Schrift nicht befriediget fühlt, dieſe unterdrücken ſolle, der hat Leſſing gegen ſich, welcher eine ſeiner Schriften mit dem Vorſatze beginnt, ſie zu zerreiſſen, wenn ſie ihn zufrieden ſtelle, wenn nicht, ſie drucken zu laſſen, damit Andere die Sache weiter führen.

Der Verfaſſer.

I. Abſchnitt.

Geſchichte.

§. 1.

1. Kapitel.

Das römiſche Recht.

Obwohl das Recht der Provokation in den Quellen überall als eine ſpecifiſch republikaniſche Einrichtung dargeſtellt [1]) und von Pomponius (L. 2 §. 16 D. de orig. jur.) bemerkt wird, daß die provocatio a consulibus (ad populum) deßhalb eingeführt worden ſei, damit die Konſuln nicht dieſelbe Machtfülle beſäßen, wie vorher die Könige, — ſo ſcheint es doch kaum bezweifelt werden zu können, daß provocatio auch ſchon zur Zeit der Könige ſtatthaft geweſen ſei. Allein ebenſo wenig dürfte nach dem dermaligen Reſultate der hierüber gepflogenen Kontroverſe in Abrede zu ſtellen ſeyn, daß das Recht der Provokation in dieſer Zeit noch ungleich mehr beſchränkt geweſen ſei, als in der Periode der quaestiones perpetuae, und daß ihre Blüthezeit in die Periode des Komitialproceſſes falle. Lag nämlich der Provokation, wie Geib [2]) gewiß richtig bemerkt, der Ge-

1) Liv. III, 55; Cic. de orat. II, 48; vgl. Rubino „Röm. Verf. I." S. 435—440; W. Wachsmuth „Aeltere Geſch. des röm. Staates" S. 251; Geib „Geſch. des röm. Krim.-Proc." S. 153.

2) a. a. O. S. 154; ſ. auch Niebuhr's Anſicht in deſſen Röm. Geſch. I. S. 361, 557; Rubino a. a. O. S. 435 ff.; Göttling „Röm. Staatsverf." S. 158; Köſtlin „die Perduellio unter den röm. Königen" S. 85 ff.; Dollmann „in den krit. Jahrb. v. Schneider 1844" S. 7 ff. Vgl. über die Kontroverſe auch noch Laboulaye „Essai sur les lois crimin. des Romains etc." Paris 1845 pag. 81 ff.; F. Hélie „Traité de l'instruct. crim." Paris 1845 I. §. 6 pag. 35 und Fedde Hulshoff „De appellandi facultate in causis criminalibus admittenda" Amstelod. 1846 S. 7—11. Sehr treffend characteriſirt dieſer S. 5 die Provokation: „Politicum inprimis erat remedium, quo magistratuum compesceretur licentia, populique in comitiis augeretur potestas: ratione habita ipsius provocantis, praesidium quidem fuit, quo salutem sibi quaereret, supplicationis vero naturam propium, quam judiciarium remedium. Ne provocatio itaque cum appellatione, proprie sic dicta, confundatur, gratiae autem juri potius adsimuletur."

danke zu Grunde, daß wie die höchſte Gewalt im Staate überhaupt, ſo insbeſondere die Kriminalhoheit bei dem Volke wohne, ſo konnte ſie natürlich erſt von da an in ihrer vollen praktiſchen Bedeutung hervortreten, als dieſer Gedanke ſelbſt zur Herrſchaft gelangt war, während ihr zu der Zeit, als der König Träger der Souveränetät und Kriminalhoheit war, unmöglich eine größere Erheblichkeit zukommen konnte. Daher halten wir es auch für richtig, wenn Geib die Worte Cicero's „**Provocationem etiam a regibus fuisse**“ dahin interpretirt, daß das Recht der Provokation auf jene Fälle beſchränkt geweſen ſei, wo nicht der König ſelbſt, ſondern ein von ihm hiezu delegirter **magistratus** (wie die **duumviri** im Falle des Horatiers) das Urtheil geſprochen hatte [1]).

Daß die **provocatio** zur Zeit der **Komitialjurisdiktion** nicht gegen Urtheile der Komitien ſelbſt, ſowie auch zur Zeit der die Komitien vertretenden **quaestiones perpetuae** nicht gegen die Urtheile dieſer, ſondern nur gegen Urtheile der noch mit Strafgerichtsbarkeit bekleideten Magiſtrate zuläßig war, verſteht ſich wohl von ſelbſt. Sie diente hier, wie Geib bemerkt [2]), zur Ergänzung der Komitialjurisdiktion.

Was das Verfahren vor dem **provocirten populus** betrifft, ſo entſpricht es ganz dem politiſchen Charakter des Inſtitutes der Provokation, wenn Geib [3]) vermuthet, daß hier eine wiederholte vollſtändige Verhandlung der Sache Statt fand, und das Volk ſich nicht etwa auf eine bloße Prüfung der Richtigkeit des Beſchwerdepunktes beſchränkte, ſondern ganz von Neuem Recht ſprach.

Da nun aber die Provokation mit dem Rechtsmittel der Appellation in keinem näheren Zuſammenhange ſteht und nur die letztere einen Einfluß auf unſer früheres gemeines deutſches Recht gewonnen hat, ſo wäre es ungeeignet, wenn wir länger bei erſterer verweilen und nicht ſofort zur Appellation übergehen würden. Es ſind hier nicht die Fragen nach der Entſtehung der **appellatio** und nach den Perſonen, an welche und von welchen (**judex a quo** und **ad quem**)

---

1) Liv. I, 26; Rubino I. S. 440 ff.; Geib a. a. O. S. 156. Auch F. Hulshoff l. c. pag. 10 ſcheint ſich dieſer Anſicht anzuſchließen.

2) a. a. O. S. 154, 158. Ueber die provocatio zur Zeit der quaest. perpet. ſ. Geib a. a. O. S. 387 ff. und F. Hulshoff l. c. pag. 24, ſowie auch pag. 13 ff.

3) a. a. O. S. 168.

appellirt werden konnte [1]), sondern die Frage nach den für die apellatio selbst geltenden Bestimmungen, welche unser Interesse in Anspruch nehmen und innerhalb der Grenzen unserer Aufgabe gehören.

Es genüge, bezüglich der Zulässigkeit der Appellation im Allgemeinen anzuführen, daß diese in der ersten Hälfte der Kaiserzeit in weiterem Umfange zulässig und überhaupt mehr begünstiget war, als in der zweiten [2]). Man erklärt dies theils aus dem in dieser Zeit sichtbaren Erstarken des Inquisitionsprincipes, theils aus dem überall wahrnehmbaren Bestreben des späteren Strafverfahrens nach möglichst schleuniger Bestrafung der Gesetzesverletzer [3]). Wir glauben aber jene frühere Begünstigung und die spätere Beschränkung der Appellation daraus erklären zu müssen, daß, wie wir etwas Aehnliches auch in der Geschichte des französischen Processes finden werden [4]), die früheren Kaiser sich unseres Institutes zu dem Zwecke bedienten, die noch aus der republikanischen Zeit herrührende Macht der Magistrate zu brechen und die ihrige auch nach dieser Seite d. i. hinsichtlich der Strafgerichtsbarkeit oder wenn man will, Kriminalhoheit, — zu verstärken und zu vervollständigen, — was später nicht mehr nöthig war. Was dagegen die früheren Erklärungsversuche betrifft, so zeigt sich jenes Streben nach möglichst schleuniger Bestrafung großentheils schon in der ersten Hälfte der Kaiserzeit [5]), und es ist aus den Quellen nicht zu entnehmen, daß die Appellation mit dem Inquisitionsprincipe für unverträglich gehalten worden sei [6]). Gegen Zwischenerkenntnisse konnte mit Ausnahme der Erkenntnisse auf Tortur si contra leges judex hoc faciat in Kriminalsachen

1) Vgl. hierüber Geib a. a. O. S. 675—685 und F. Hulshoff l. c. pag. 31 ff.

2) Hulshoff behauptet das Gegentheil.

3) S. Geib a. a. O. S. 685.

4) S. unten §. 13.

5) Ja man kann sogar behaupten, daß dies Streben zuletzt wieder nachgelassen habe, indem Justinian verordnete, daß die Kriminalprocesse fortan nicht mehr, wie früher, innerhalb 1 Jahres, sondern innerhalb 2 Jahre zu beendigen seien. L. 13 pr. Cod. de jud. L. 3 Cod. ut intra cert. temp. crim. quaest. term. S Geib a. a. O. S. 541.

6) Wir werden auf diese Frage noch ausführlicher zurückkommen. Vorläufig bemerken wir nur, daß sich die Doktrin mit dieser Frage von Karpzow an auf's Lebhafteste beschäftiget hat. Vgl. Mittermaier „das deutsche Strafverf." II. §. 201 S. 601.

ebenso wenig in der ersten als in der zweiten Hälfte appellirt werden, den Suspensiveffekt dagegen hatte die Appellation ebenso in der zweiten, wie in der ersten Hälfte.

Was die Bestimmungen über die Appellation selbst betrifft, so galt vor Allem als Regel, daß gegen jedes Endurtheil eines jeden Gerichtes und aus allen nur vernünftigen Gründen appellirt werden konnte [1]). Die Appellation war das einzige Rechtsmittel des römischen Kriminalprocesses. Es galt hier kein Unterschied bezüglich der Bestandtheile des Urtheils; die Quellen machen keinen Unterschied zwischen der Entscheidung der That- und der der Rechtsfrage. Von dieser Regel gab es jedoch eine bedeutende Reihe von Ausnahmen sowohl in Ansehung des Gerichtes [2]), welches das Urtheil gesprochen hatte, als auch in Ansehung der Straffache, welche den Gegenstand des Urtheils bildete [3]), als auch endlich in Ansehung der Stärke des Beweises, auf welchen hin das Urtheil gefällt worden war. Besonders bemerkenswerth erscheint die letztgenannte Ausnahme. Hienach war die Appellation nicht zuläßig, „wenn so starke und übereinstimmende Beweise vorlagen, daß an der wirklichen Schuld des Angeklagten nicht mehr gezweifelt werden konnte, und somit namentlich dann, wenn derselbe ein vollkommen glaubwürdiges, und zugleich durch alle sonstigen Beweise unterstütztes Geständniß abgelegt hatte, oder wenn diese Beweise selbst von der Art waren, daß sie sämmtlich zur Unterstützung der Anklage und überhaupt gar keine zur Unterstützung der Vertheidigung gereichten." Wir haben hier offenbar eine Beschränkung des Appellationsrechtes in Bezug auf die Entscheidung der Thatfrage, welche aber ebensowenig durch die Natur dieser Entscheidung, als durch die Natur der Appellation selbst bedingt erscheint [4]).

Das Appellationsverfahren war durchaus dem in Civilsachen

---

1) Die Intercession des Kaisers, sowie die Restitution oder Begnadigung können wir nicht als Rechtsmittel betrachten.

2) Geib a. a. O. S. 682.

3) L. 2 Cod. quorum appell. non recip. 7, 65. Vgl. Hulshoff l. c. pag. 37 ff.

4) Warum Hulshoff l. c. pag. 40 alle diese Ausnahmen „ex ipsa appellationis natura profluentes" nennt, ist nicht einzusehen. Mit der zuletzt angeführten Beschränkung ist, wie Bienер Abhandl. II. S. 167 ganz richtig bemerkt, nur soviel gemeint, „daß der Angeklagte zur Appellation zugelassen wird in den Fällen, wo die Thatfrage noch einen Zweifel zuläßt."

ähnlich. Es zerfiel wie dieſes in zwei Abſchnitte: in das Verfahren vor dem judex a quo und das Verfahren vor dem judex ad quem. Die Formalien des erſteren haben für uns hier wenig Intereſſe [1]). Das regelmäßige Verfahren vor dem Appellationsrichter war in der Hauptſache wahrſcheinlich — die Quellen ſind hier ſehr ſchweigſam — dasſelbe, wie das Verfahren in erſter Inſtanz d. h. es fand auch in zweiter Inſtanz ein vollſtändiges Beweisverfahren in Gegenwart beider Parteien und des erkennenden Richters Statt [2]).

Bezüglich der Urtheilsfindung in zweiter Inſtanz iſt nichts Beſonderes zu bemerken. Das Obergericht konnte das erſtrichterliche Urtheil nach dem Reſultate der vor ihm gepflogenen Beweisverhandlungen beſtätigen und abändern, mildern und ſchärfen [3]).

Ein anderes Verfahren wurde aber in dem Konſiſtorium eingehalten, welchem der Kaiſer ſelbſt beiwohnte. Hiefür bildete ſich nämlich ſeit Diokletian [4]) ein durchaus ſchriftliches Verfahren aus, welches in den Quellen unter dem Namen consultatio oder relatio erſcheint. Dieſes Verfahren beſtand im Weſentlichen in Folgendem: Die Parteien durften im Konſiſtorium nicht ſelbſt erſcheinen, ſondern das Gericht, deſſen Urtheil angefochten wurde, erſtattete einen vollſtändigen Bericht (relatio, consultatio) über die fragliche Sache an das Konſiſtorium, welcher den Parteien zur allenfallſigen Abgabe von Gegenbemerkungen (libelli refutatorii) mitgetheilt und ſodann zugleich mit dieſen und ſämmtlichen übrigen Proceßakten (namentlich den Protokollen, welche gesta oder regesta hießen) [5]) an die kaiſerliche Kanzlei (scrinium epistolarum) überſchickt werden mußte.

In der zur Verhandlung der Sache anberaumten Sitzung erſtatteten nun vorerſt die Beamten dieſer Kanzlei Vortrag nach Lage der Akten, welcher jedoch wahrſcheinlich darauf, was wir unter dem geſchichtlichen Theile verſtehen, beſchränkt war. Hierauf erfolgte die Abſtimmung der Beiſitzer des Konſiſtoriums. Den Schluß bildete die unabänderliche Entſcheidung des Kaiſers, welche von dem quaestor palatii verkündiget wurde [6]).

1) Vgl. darüber Geib a. a. O. S. 686.
2) Geib a. a. O. S. 689, 690.
3) S. Geib a. a. O. S. 690.
4) Geib a. a. O. S. 691.
5) Vgl. über dieſe gesta Geib a. a. O. S. 513.
6) Geib a. a O S. 692. Ueber das gleiche Verfahren in Civilſachen

2. Kapitel.

Das deutsche Recht.

§. 2.

Zulässigkeit der Urtheilsanfechtung in Strafsachen nach altdeutschem Rechte.

Biener[1]) ist der Ansicht, daß es Rechtsmittel überhaupt nur in dem akkusatorischen Processe geben könne, nicht aber in dem „rein inquisitorischen, wie ihn uns das kanonische Recht vorzeichnet." „Der Richter in dem akkusatorischen Processe entscheide nach den Grundsätzen und Regeln des Rechtes, daher diese Entscheidung einer Kontrolle durch einen anderen oder höheren Richter fähig sei; die Partei werde sich auf ihr Recht berufen können, wenn sie glaube, daß demselben nicht die gehörige Rücksicht geworden sei. Der Richter in dem rein inquisitorischen Processe, wie ihn uns das kanonische Recht vorzeichne, entscheide nach seiner subjektiven Ueberzeugung, welche als solche nicht kontrollirt werden könne; überdies würde seine Stellung als Vorgesetzter entgegenstehen, weil er in Folge eines erlaubten Rechtsmittels also doch wieder nicht der entscheidende Vorgesetzte wäre. Höchstens würde sich eine Beschwerde bei dem höheren Vorgesetzten denken lassen." Zur Aufstellung dieser Theorie scheint Biener durch den unten zu erörternden Streit der gemeinrechtlichen Doktrin, ob die Appellation im Inquisitionsprocesse statthaft sei, veranlaßt worden zu seyn. Hatte er aber hiebei die Appellation allein vor Augen, so hätte er auch nicht von Rechtsmitteln überhaupt sprechen sollen. Zu der Vermuthung, daß er nur die Appellation im Sinne gehabt, führt uns der Umstand, daß der von ihm für die Unzuläßigkeit von Rechtsmitteln im Inquisitionsprocesse angeführte Grund, daß der Richter in diesem Processe „nach seiner subjektiven Ueberzeugung entscheide, welche als solche nicht kontrollirt werden könne," — nach unserer Ansicht nur auf das Rechtsmittel der Appellation paßt, insoferne mit dieser die nach der subjektiven Ueberzeugung des Richters vorzunehmende Entscheidung der Thatfrage angefochten werden soll. Wir werden unten sehen, daß das „Entscheiden

---

s. Bethmann-Hollweg Handb. des Civilprocesses 1. Bd. 1834 (Gerichtsverf. u. Proceß des sinkenden röm. Reichs ꝛc.) S. 117—119, 361—366.

1) Abhandl. II. S. 166.

(der Thatfrage) nach der subjektiven Ueberzeugung des Richters" der Zulässigkeit anderer Rechtsmittel durchaus nicht entgegenstehe.

Biener findet nun weiter, daß mit seinen Grundsätzen „die historischen Ergebnisse, die Geschichte theilweise nicht übereinstimmen," und unter anderen Disharmonien führt er auch die an, daß das eigenthümliche Rechtsmittel des germanischen Processes der alten Zeit und des Mittelalters in Kriminalsachen verwehrt gewesen sei, daß es also, da jenes Rechtsmittel während jener Zeit das einzige war, damals gar kein Rechtsmittel in Kriminalsachen gegeben habe. Er bemüht sich, „den Widerstreit" dieser historischen Thatsache mit seiner „theoretischen Ansicht" zu erklären. Wir haben nun nicht nöthig, zu untersuchen, ob seine Erklärungsversuche gelungen seien oder nicht. Dieselben werden ohnehin als überflüssig erscheinen, wenn wir die Annahme jener fraglichen historischen Thatsache als irrthümlich nachweisen. Wenn der Biener'schen Theorie nichts Anderes entgegenstünde, als der Mangel an Rechtsmitteln im deutschen Processe, so müßte dieselbe für richtig gehalten werden.

Jenes eigenthümliche Rechtsmittel des altdeutschen Processes, um dessen Zulässigkeit in Strafsachen es sich handelt, ist das sogenannte „schelten," „urtheil schelten," „valsch schelten", im Schwabenspiegel „widerwerfen" [1]), im französischen Proceß „fausser," faussement," in den Kapitularien [2]) „blasphemare" (blâmer), „reclamare," in Lex Sal. emend. tit. 60 („De rachinburgüs qui secundum legem non judicant"), „contradicere," in Lex Alam. tit. 41 cap. 3 „arguere coram aliis et dicere: Non recte judicas" etc.

Merkwürdigerweise geben uns abgesehen von den angeführten charakteristischen terminis technicis weder die alten Volksrechtsbücher, noch die Kapitularien über dieses Rechtsinstitut genügende Aufschlüsse.

---

1) Sachsenspiegel, Landrecht II, 12; I, 18 §. 3, 19 §. 2; III, 69 §. 3 (Homeier); Schwabenspiegel (Laßberg) 114, (Wackernagel 96 u. 97); Richtsteig Landrecht Cap. 49, 50.

2) Cap. 755 cap. 29; Cap. 805 II. cap. 8; III. cap. 10; IV. cap. 8. Vgl. nach Du Fresne Du Cange Glossar. sub voce „blasphemare"; Grimm R. A. S. 865 führt als synonym mit schelten „strafen" an; s. auch S. 680 und seine Vorrede zu J. G. Ch Thomas „der Oberhof zu Frankfurt a. M." Frankf. 1841. — Die Stellen aus den leges barb. u. Kapitul. sind nach F. Walter corp. jur. germ. citirt. — Der Herausgeber des Sachsensp. Zobel (1595) übersetzt Scheltung mit increpatio sententiae.

Was wir von demſelben wiſſen, verdanken wir zumeiſt den ſpäteren Rechtsquellen, hauptſächlich dem Sachſen- und Schwabenſpiegel. Deſſenungeachtet und wenn auch jene auf die Nachrichten dieſer Rechtsquellen vollkommen paſſenden Ausdrücke **contradicere, arguere, reclamare** und **blasphemare** nicht zur Hand wären, — iſt es doch gewiß ganz richtig, wenn allgemein angenommen wird, daß das Inſtitut ſchon zur Zeit jener älteren Rechtsquellen vorhanden geweſen ſei [1]).

Für die Unzuläßigkeit der Urtheilsſcheltung in Kriminalſachen führt nun Biener folgende Quellenzeugniſſe an:

1) Sachſenſpiegel II, 12, „welche Stelle auch in den Schwabenſpiegel und Richtſteig Landrechts Kap. 49 übergegangen iſt;“

2) die deutſche Gloſſe zu Sachſenſpiegel II, 11, „welche ſage, daß peinlich Beklagte das Urtheil nicht ſchelten dürfen;“

3) den Reichsabſchied von Augsburg 1530 §. 95, und die K. G. O. v. 1555 Thl. II. Tit. 28 §. 5, „welche beſtätigen, daß Appellation in peinlichen Sachen zuzulaſſen dem althergebrachten Gebrauche im heiligen Reiche zuwider ſeien.“

Es kommt nun darauf an, ob aus dieſen Stellen jene Unzuläßigkeit zu entnehmen ſei. Was vorerſt die angeführten Reichsgeſetze betrifft, ſo werden wir auf dieſelben weiter unten zurückkommen. Hier genüge es, zu bemerken, daß dieſelben von der (römiſchrechtlichen) Appellation und nicht von der (deutſchrechtlichen) Schelte handeln, ſowie daß Reichsgeſetze überhaupt nicht leicht als Quelle für deutſches Recht dienen können.

Was ſodann die Gloſſe zum Sachſenſpiegel betrifft, ſo kann aus derſelben gar nichts gefolgert werden, weil die angeführte Stelle derſelben ſich auf Buch II. art. 12 §. ult. beruft, welcher vom Gloſſator ebenſo mißverſtanden worden iſt, wie von Biener ſelbſt. Ueberdies beruft ſich der romaniſirende, deutſches und römiſches Recht konfundirende Gloſſator zum Beleg für jenes „nicht ſchelten dürfen“ auf eine Juſtinianiſche Konſtitution!

---

1) Einen neuen Beleg für das hohe Alter deſſelben finden wir in K. Maurer „Beitr. zur Rechtsgeſch. des German. Nordens“ Hft. I.: „Die Entſtehung des Isländ. St. u ſ. Verfaſſung“ München 1852 S. 196 Anm. 1, wonach der isländiſche vefang (Gerichtesſpaltung) wenigſtens zum Theil unſerer Urtheilsſcheltung entſpricht. S. auch S. 186 ff.

§. 15 art. 12 des Sachsenſp. Buch II. lautet, wie folgt: **Wirt en man gevangen um ungerichte unde vor gerichte gebracht, he ne mut nen ordel scelden, noch die man die vechten sal, sint he binnen den warf kumt.** Hierin iſt doch offenbar nicht mehr geſagt, als daß die Schelte erſtens im Handhaftsproceſſe unſtatthaft ſei [1]), und daß ſie zweitens von demjenigen nicht mehr erhoben werden könne, welcher ſich auf den Zweikampf bereits ſoweit eingelaſſen hat, daß er ſich ſchon auf dem Kampfplatz befindet [2]).

Ein anderes, als dieſes eine bloße Beſchränkung, keineswegs eine Unzuläſſigkeitserklärung enthaltende Quellenzeugniß weiß aber weder Biener, noch der Gloſſator anzuführen.

Dagegen ſieht ſich Biener ſelbſt gezwungen, einzuräumen, daß mit ſeiner Anſicht zwei Stellen im Richtſteig Landrecht Kap. 49, 50 „im Widerſpruche ſtehen, zufolge deren der Richter, wenn er in peinlichen Sachen das Schelten des Urtheils nicht beachtet, und weiter verfährt bis zur Todesſtrafe, ſolchen Falls an Leib und Ehre gefährdet wird, daß es ihm an den Hals geht!" Hienach kann wohl an der Zuläßigkeit der Urtheilsſcheltung in Kriminalſachen nicht mehr gezweifelt werden.

§. 3.

Von der Natur der Urtheilsſcheltung.

Indem wir uns nun zur Betrachtung der Natur der Urtheilsſcheltung wenden, haben wir vor Allem die Auffaſſung zurückzuweiſen, wonach ſie als eine Appellation (im römiſch-rechtlichen Sinne) betrachtet wird [3]). Sie hat mit dieſer weiter gar nichts gemein, als daß ſie eben die Anfechtung eines richterlichen Ausſpruches iſt und möglicherweiſe zur Geltung einer anderen Entſcheidung führt. In allem Uebrigen iſt ſie durchaus von der Appellation verſchieden; ſo z. B kann ſie nicht bloß von einer Partei, ſondern auch von einem der übrigen Urtheilsfinder, ja von jedem zum Erſcheinen im Gericht

---

1) Und ſelbſt hier wird ſie ausdrücklich nur dem Angeklägten, nicht dem Kläger verſagt.

2) Dieſe Beſtimmung iſt gar keine beſondere Beſchränkung des Schelterechts, ſondern nur eine ſpecielle Anwendung des im altdeutſchen Proceß überhaupt herrſchenden ſtrengen Präkluſionsprincipes.

3) S. Heineccius „Elem. jur. germ III, §. 298 ff." Weber „die Appellation in Krim.-Sachen §. 6 S. 13. Dagegen Hulshoff l. c. S. 76 ff.

berechtigten Anwesenden ausgehen, wofür im römischen Rechte höchstens die entfernte Aehnlichkeit angeführt werden könnte, daß nach L. 6. D. de appell. quivis ex populo auch gegen den Willen der Parteien appelliren kann. Ein fernerer wesentlicher Unterschied betrifft den Gegenstand, indem die deutsche Scheltung wenigstens in der Regel nicht gegen das Urtheil eines ganzen Gerichts, sondern nur gegen das eines einzelnen Urtheilsfinders gerichtet ist. Sodann ist die Scheltung auch nicht, wie die Appellation, ein wesentlich devolutives Rechtsmittel; sie setzt nicht nothwendig eine höhere Instanz voraus. Völlig verschieden ist ferner das Verfahren sowohl bei, als in Folge der Urtheilsscheltung von dem Verfahren bei und in Folge der Appellation. Ganz anders ist überdieß das Verhältniß des Richters, dessen Ausspruch gescholten wird, zu dem Scheltenden von dem Verhältnisse des Richters, gegen dessen Urtheil appellirt wird, zu dem Appellanten. Endlich liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen der Scheltung und der Appellation auch noch darin, daß jene den Charakter einer persönlichen Beleidigung gegen den Urtheilsfinder hat, was bei dieser bekanntlich nicht der Fall ist.

Was sodann die Frage betrifft, ob vor der Reception des römischen Rechts die Appellation neben der Schelte in Deutschland bestanden habe, so ist dieselbe von Hulshoff in weitläufige Erörterung gezogen worden [1]). Das Resultat dieser Erörterung ist, daß er abgesehen von den in Deutschland wohnenden Römern für die vorkarolingische Zeit mit Eichhorn, Savigny, Maurer u. A. keine Appellation annimmt, wohl aber für die karolingische Zeit bis zur Trennung Galliens von Germanien, jedoch weder an den Comes noch an den Missus, sondern bloß an den König, dagegen wieder nicht von dieser Zeit an bis in's 16. Jahrhundert.

Unsere Ansicht geht dahin, daß es vor der Reception des römischen Rechts in Deutschland abgesehen von den daselbst lebenden Römern keine Appellation gegeben habe. Soweit Hulshoff's Ansicht hiemit übereinstimmt d. i. für die vorkarolingische Zeit und für die Zeit von der Trennung Galliens von Germanien bis zum 16. Jahrhundert, wollen wir die Frage nicht weiter erörtern. Was dagegen die karolingische Zeit betrifft, für welche Hulshoff eine

1) l. c. pag. 41 — 84.

wahre Appellation an den König behauptet, so sprechen die von ihm hiefür allegirten Stellen aus den Kapitularien [1]) nicht von der Appellation, sondern theils von einer Beschwerde gegen den comes wegen Verweigerung oder Nachläßigkeit in der Rechtsgewährung (querela denegatae vel protractae justitiae), theils von der deutschen Schelte. Zu dieser Ansicht sind wir durch die bereits oben angeführten Ausdrücke „reclamare und blasphemare" berechtiget, sowie auch dadurch, daß, was Hulshoff selbst zugesteht, in den Quellen, welche reines deutsches Recht enthalten, das Wort Appellation gar nicht vorkommt [2]). Dazu sind wir endlich berechtiget durch die eigenthümliche Natur des deutschrechtlichen Urtheils, zu welcher die römischrechtliche Appellation gar nicht paßt.

§. 4.

Fortsetzung.

Um nun die Schelte in ihrer wahren Natur und in ihrer ganzen Eigenthümlichkeit zu erkennen, ist es nothwendig, an die Grund-Principien und den Gang des altdeutschen Processes, insbesondere an die Beschaffenheit des Beweisverfahrens und die Natur des Urtheils anzuknüpfen, wobei wir uns aber im Hinblicke auf die vielen ausgezeichneten Leistungen in der Geschichte des deutschen Processes [3]) kurz fassen zu können glauben.

Um sich das Verständniß dieses Processes zu erleichtern, ist es nicht unzweckmäßig, wenn man sich unseren heutigen gemeinen deutschen Civilproceß vergegenwärtiget. Denn wenn man auch bei jenem nicht an Schriftlichkeit denken darf, so herrschte in demselben doch — und dies ist gewiß keine Nebensache — die Verhandlungs-Maxime,

---

1) l. c. pag. 65. S. dagegen auch Meijer „Esprit etc. I. pag. 452 ff.

2) Hulshoff bemerkt zwar hiezu: „Non adeo mirum videbitur, ne semel quidem in capitularibus appellationis vocem occurrere, si attendimus, olim nullum appellationi fuisse locum; appellationis vocem frustra itaque barbarae gentes in consuetudinibus suis antiquis quaesivissent etc.; allein in diesen alten Gewohnheiten konnte nicht nur das Wort Appellation nicht gefunden werden, sondern auch die Sache, welche mit diesem Worte bezeichnet wird.

3) Wir werden in der Folge außer Eichhorn's „deutscher Staats- und Rechtsgesch." 5. Ausgabe 1843 hauptsächlich citiren: K. A. Rogge „Ueber das Gerichtswesen der Germanen" Halle 1820; G. L. Maurer „Geschichte des

wie in diesem [1]). In beiden gilt der Grundsatz: wo kein Kläger, da auch kein Angeklagter und kein Richter; dort wie hier hatte das Beweisrecht einen streng formalistischen Charakter; das Gericht strebte, modern gesprochen, nicht nach materieller Wahrheit, sondern begnügte sich mit formeller oder sogenannten Parteienwahrheit.

Dasselbe hielt sich zwar im Allgemeinen ohne Zweifel durch die damals üblichen Beweismittel: Eid, Gottesurtheil und Zweikampf von der Wahrheit der durch sie zu beweisenden thatsächlichen Behauptungen für voll überzeugt [2]). Aber es verhielt sich in Bezug auf den wirklichen Sachverhalt bloß receptiv und passiv, indem es nicht selbstthätig thatsächliche Umstände in die Verhandlungen hereinzog; was von den Parteien nicht vorgebracht wurde, blieb unbeachtet, wenn es auch noch so erheblich war.

Ebenso fanden auch diejenigen thatsächlichen Behauptungen gar keine Berücksichtigung, welche, wenn auch wahr, nicht rechtzeitig vorgebracht worden waren [3]). Ja die Herrschaft dieses Präklusionsprincipes erstreckte sich sogar weiter, als im heutigen Civilprocesse; es bezog sich insbesondere auch auf die Anfechtung des Urtheils, indem die Scheltung sofort nach vernommenem Urtheil geschehen mußte und weder nachgeholt, noch auf nova gestützt werden konnte [4]). Was nicht zu gehöriger Zeit vorgebracht worden war, das war und blieb unwiderbringlich verloren.

Noch mehr offenbarte sich der Formalismus des altdeutschen

---

altgermanischen Gerichtsverfahrens" Heidelb. 1824; F. A. Biener „Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsproc. und der Geschwornenger. Leipzig 1827; J. Grimm „Deutsche Rechtsalterthümer" Gött. 1828; F. W. Unger „Die altdeutsche Gerichtsverfassung" Gött. 1842; C. G. v. Wächter „Beiträge zur deutsch. Gesch., insbes. zur Gesch. des d. Strafr." Tüb. 1845; J. Jolly „Ueber das Beweisverfahren nach dem Rechte d. Sachsenspr." Mannh. 1846; J. W. Planck „Die Lehre vom Beweisurtheil" Gött. 1848; C. R. Köstlin „Wendepunkt des deutsch. Strafverfahrens im 19. Jahrh." Tüb. 1849.

1) S. Biener Beitr. S. 119 ff.; Köstlin Wendep. S. 37 ff. u. S. 160. ff.

2) Jolly a. a. O. S. 11 hat hierin vollkommen Recht, scheint aber Rogge mißverstanden zu haben.

3) Vgl. hierüber Planck a. a. O. S. 27 u. 33 u. das daselbst angeführte Beispiel S. 34 ff.

4) Sachsenspr. II, 6 §. 4: „Svelke gave die man slüt oder svelk ordel die man vindet hort, ne weder redet he des tohant (sogleich) nicht, dar na mach he's nicht weder reden."

Processes in den genauesten und umständlichsten Vorschriften über das Beweisrecht [1]). Hier war nicht nur bestimmt, wer in jedem einzelnen Falle zu beweisen hatte, und durch welche Beweismittel der Beweis nach Verschiedenheit der Fälle zu führen sei, sondern, was das Wichtigste ist, es gab, wie im bayerischen Straf-Proceßrechte vom Jahre 1813 und anderen deutschen Strafproceß-Gesetzgebungen [2]), eine positive bindende Beweistheorie, d. h. es war vorgeschrieben, unter welchen Voraussetzungen oder nach welchen Beweisführungen eine Thatsache oder Behauptung vom Gerichte für wahr zu halten sei ohne Rücksicht auf dessen konkrete Ueberzeugung. „Die Gerichtsversammlung hat nicht," wie Plank treffend bemerkt [3]), „die Befugniß, die eigene Ueberzeugung von der Beschaffenheit einer Thatsache, die sie auf dem Wege historischer Nachforschung und Kombination auf den Grund von Urkunden, Zeugen u. s. w. gewonnen hat, der entgegengesetzten Behauptung der Partei gegenüber zur Grundlage ihres Urtheiles zu machen."

Jedoch ist auch hier wieder der große Unterschied zwischen den genannten neueren Beweissystemen und dem des altdeutschen Processes zu berücksichtigen, welcher darin besteht, daß jene sich auf Vernunft und Erfahrung, dieses hingegen auf Leichtgläubigkeit und Aberglauben stützen, indem das Geständniß unbedingten Glauben genoß, im Falle der handhaften That der Unschuldsbeweis geradezu ausgeschlossen war und das Gottesurtheil wie das eidliche Wort für untrügliche Wahrheitserforschungsmittel galten.

Auf diese Art war also Dasjenige, was z. B. im heutigen französischen Strafprocesse reine Thatfrage ist, in Rechtsfrage umgewandelt, wie dies ebenso in allen Strafproceßgesetzgebungen der Fall ist, welche eine positive bindende Beweistheorie angenommen haben. Ob A den B erschlagen habe, ist hier ebenso Rechtsfrage, wie die Frage, wieviel solidi der Todtschläger A dem Kläger C für den todtgeschlagenen B zu bezahlen oder welche andere Strafe der

---

1) Vgl. Rogge a. a. O. S. 93 ff. Jolly a. a. O. S. 9 ff. Plank a. a. O. S. 38 ff. Köstlin Wendep. S. 214 ff. und Mittermaier „die Lehre vom Beweis im deutschen Strafprocesse ꝛc." Darmst. 1834. §. 2 S. 12 ff.

2) Daß hier nicht an einen gleichen oder auch nur ähnlichen Inhalt gedacht werden darf, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung.

3) a. a. O. S. 38.

Todtschläger zu erleiden habe. Denn wenn die That nicht handhaft und der Angeklagte nicht geständig, dagegen ein freier unbescholtener Mann war, so hatte der Richter, nachdem jener den ihm zukommenden Reinigungseid sammt Eidhelfern geschworen hatte, nicht seine subjektive Ueberzeugung zu berücksichtigen, sondern lediglich den Rechtssatz anzuwenden und auszusprechen, daß durch einen solchen Eid die Klage vernichtet und die Unschuld des Beklagten erwiesen werde resp. erwiesen sei [1]). War dagegen der Angeklagte geständig oder seine That handhaft gemacht, so war es wieder nicht die Ueberzeugung des Richters, welche die Entscheidung bestimmte, sondern die um den konkreten Fall sich nicht bekümmernden allgemeinen Rechtsregeln, daß der Geständige schuldig und daß die Handhaftigkeit der Schuld gleichzuachten sei.

Es ist daher nicht ganz richtig, wenn Unger [2]) behauptet, die **residentes (sc. rachimburgii)** seien die alleinigen Urtheiler über das thatsächliche sowohl, als über das recht gewesen. Denn diese Unterscheidung ist dem altdeutschen Processe völlig fremd; seine Urtheiler (die **Rachimburgii residentes** oder später die **Scabini**, Schöffen) sind nichts Anderes, als Rechtweiser oder Rechtsprecher [3]); eine Entscheidung der Thatfrage im Sinne des englischen und französischen Strafverfahrens gab es im altdeutschen Processe gar nicht.

Die Natur des altdeutschen Urtheils und Urtheilscheltens läßt sich nicht treffender bezeichnen, als dies Plank [4]) gethan hat, daher wir die betreffende Stelle seiner Schrift hier wörtlich anführen:

---

1) Vgl. C. G. v. Wächter „Beiträge zur deutschen Gesch. ꝛc. S. 61 ff., namentl. S. 73 a. E.: „Die Schöffen hatten das Schuldig nicht eigentlich zu ermitteln, sondern nur das formelle Resultat des Beweises anzunehmen, dasselbe, wenn es zur Schuld führte, auszusprechen und die Folge der Schuld, die Strafe zu bestimmen."

2) a. a. O. S. 113.

3) S. Maurer a. a. O. S. 253 ff. Grimm a. a. O. S. 863. Köstlin Wendep. S. 213. Es wäre nachgerade auch nicht mehr zu frühe, wenn man von der beliebten Identificirung unserer Jury mit dem alten Schöffenthume ablassen wollte. Vgl. auch noch Plank a. a. O. S. 3 ff. Wie noch neuerlich Biener bei seinen umfassenden und gründlichen rechtshistorischen Studien in s. „Engl. Geschwornengericht Leipz. 1852 §. 25 S. 193 die GG. Schöffen nennen kann, würde unbegreiflich sein, — wenn er nicht S. 194 eine Definition von den Schöffen aufstellte, welche zwar neu, aber nicht richtig ist.

4) a. a. O. S. 16.

„Die Urtheile sind gleichsam Rechtssprüche der Genossenschaft, Zeugnisse des in ihr geltenden Rechts. Soll von einer Verbesserung oder Kritik derselben die Rede sein, so kann dies nur in dem Sinne geschehen, daß das gefundene Urtheil als ein der wahren Volksüberzeugung nicht entflossener Rechtssatz nachgewiesen wird, daß also nachgewiesen wird, die Quelle, welcher man sich zur Erfahrung des Inhalts des Rechts bedient habe, sei unlauter gewesen, und habe nicht den wahren Inhalt gegeben.“ Hiemit stimmen auch die termini technici für das Urtheilen in den deutschen Volksrechten [1]) vollkommen überein, indem Urtheilen meistens legem dicere, secundum legem judicare oder auch kurzweg legem judicare heißt, und lex hier überall die Bedeutung von Recht oder Rechtsgewohnheit hat.

Der letzte Grund dieses Verhältnisses liegt in dem altgermanischen Freiheitsbegriffe und der hiedurch bedingten Stellung der Parteien zu dem Gerichte als Ihresgleichen [2]). Aus diesem Freiheits-Begriffe ergaben sich als Folge das Anklageprincip, der Formalismus des Beweisrechts, die Beweismittel, die Natur des Urtheils und die des Urtheilscheltens. Alles dieses steht ursprünglich im innigsten Zusammenhange.

Der freie Germane erkennt zwar die Gesammtgemeinde als das über ihm Stehende, Höhere an und unterwirft sich ihr in allen Gemeindeangelegenheiten [3]). Allein dieser Angelegenheiten gab es in ältester Zeit nur sehr wenige. Die Verfolgung des Feindes wegen erlittener Verletzungen des Einzelnen gehörte ursprünglich nicht dazu, und nachdem selbst die Privatrache den größten Beschränkungen unterworfen war, galt solche Verfolgung noch immer als die Ehrensache der Verletzten, nur daß sie jetzt eine geregelte und gerichtliche war, — was jedoch noch lange nicht hinderte, daß der Verletzte in gewissen Fällen berechtiget war, den Beleidiger auf der That zu

---

1) Vgl. z. B. Lex Sal. ref. tit. 59, 60; lex Rip. tit. 55 Capit. 755 n. 29 etc.

2) Vgl. Plank S. 4 ff. Köstlin Wendep. S. 215 sieht den Grund darin, „daß in der ältesten Verfassung das Staatsprincip noch nicht freigeworden, daher noch unfähig war, das Princip der Untersuchung anders, als in leisen Anfängen in den Proceß einzuführen.“ Uns scheint aber diese Schwäche des Staatsprincipes selbst nur eine Folge des altgermanischen Freiheitsbegriffes zu sein.

3) Vgl. Wilda Strafr. der Germanen. Breslau 1842 S. 116 ff. u. S. 196 ff.

richten und zu erschlagen oder gefangen vor Gericht zu führen und an dem überwiesenen Verurtheilten sodann das Urtheil selbst zu exequiren [1]).

Die zum Gerichte versammelte Genossenschaft (judicium parium) stand zu den Parteien im Verhältnisse des unparteiischen Dritten, im Verhältnisse eines Schiedsgerichtes, welches für wahr nimmt, was ihm von den Streitenden in gehöriger Form vorgetragen und wahr gemacht wird. Der Richter sorgt für die Einhaltung der Form, die Genossen geben Zeugniß vom bestrittenen Rechte und der Richter übernimmt die Vollstreckung des Urtheiles erst dann, wenn die Parteien dasselbe als Recht anerkennen oder als solches anerkennen müssen, wenn dasselbe also als die wahre Rechtsüberzeugung der ganzen Gemeinde gilt, und selbst dann ursprünglich nur in dem Falle, wenn sich die siegende Partei nicht in der Lage befindet, das Urtheil selbst zu vollstrecken, in welchem Falle aber dann häufig die ganze Gemeinde als Vollstreckerin des (ihres) Urtheils auftritt [2]).

Eine Thätigkeit des Gerichts bei Herstellung des Beweises, eine untersuchende Thätigkeit desselben erschiene hienach als ein Eingriff in das Recht des Genossen durch Genossen. Die Gemeinde kümmert sich überall nur um Aufrechthaltung und Beobachtung ihres Rechtes d. i. des formellen Rechtes oder des Rechtes im Allgemeinen oder in abstracto, nicht um das, was materiell und in concreto das Recht der Parteien wäre, d. h. das dem wirklichen konkreten Sachverhalte entsprechende Recht. Hienach erscheint es auch nicht als Inkonsequenz, daß die Gemeinde oder der Richter sich mit der Exekution befaßt, insoferne das Urtheil nicht anders exequirt werden kann; denn das nicht gescholtene oder nicht scheltbare Urtheil ist ja eben das Recht der Gemeinde.

Ebenso ergeben sich endlich aus dem germanischen Freiheits-Begriffe die beiden Beweismittel des freien unbescholtenen Mannes: Eid und Zweikampf, welche dem Unfreien und dem Unehrlichen nicht zustehen. Der Zweifel in das eidliche Wort des freien unbescholtenen Germanen wäre eine Nichtachtung seines Rechtes, seiner

1) Wilda a. a. O. S. 305 ff. u. S. 281, 302.

2) Vgl. Wilda a. a. O. S. 220, 188 u. Planck a. a. O. S. 5.

persönlichen Freiheit gewesen, eine Beleidigung des Genossen durch die Genossen, die das Gericht nicht wollen konnte ohne sich selbst selbst aufzuheben. Der Zweikampf endlich war der Gipfel des Rechtes und der germanischen Freiheit. Der kämpflichen Ansprache des Freien kann kein Genosse widerstehen, wo sich der Freie nicht, wie im Falle der handhaften That, selbst dieses Rechtes beraubt hat. Im Zweikampfe zeigt sich die Indifferenz des Gerichtes gegen die materielle Wahrheit und der Formalismus des Beweisrechts am schlagendsten, wenn man sich der herkömmlichen Ansicht vom Zweikampfe als Gottesurtheil nur einigermaßen entschlagen will [1]).

Als weiterer Beleg für den Zusammenhang des Anklageprincipes und des rein formellen Beweisverfahrens mit dem altgermanischen Freiheitsbegriffe kann endlich noch angeführt werden, daß die älteste Spur eines Untersuchungsverfahrens im deutschen Rechte, nämlich das Richten auf bösen Leumund, sich ursprünglich nur auf den Unfreien und Bescholtenen bezog [2])

§. 5.

Das Verfahren bei der Urtheilsscheltung.

a) vorkarolingische Zeit.

Erscheint nun aber hienach die Natur des Urtheilscheltens durch das Grundprincip des altdeutschen Processes bestimmt und im innigsten Zusammenhange mit dem Beweisrechte, wobei wir insbesondere wiederholen zu müssen glauben, daß sich das Schelten nur auf Rechtsfragen beziehen konnte, — so gilt dies nicht weniger von dem Verfahren, welches in Folge einer Scheltung einzutreten pflegte und zur Aenderung des gescholtenen Urtheiles führen sollte.

Es war nicht genügend, daß der Urtheilsschelter das ihm mißfällige Urtheil als ein falsches bezeichnete; er mußte vielmehr mit seiner Negation zugleich eine Position verbinden d. h. er mußte aussprechen, welches Urtheil er für das richtige halte und zur Geltung

---

1) Besonders merkwürdig ist, was K. Maurer a. a. O. S. 196 über den Zweikampf im isländischen Rechte mittheilt.

2) Ob und in wie ferne bei Verbrechen gegen die ganze Gemeinde ein gerichtliches Einschreiten ohne besonderen Ankläger schon in ältester Zeit, wie Grimm in seiner Vorrede zu Thomas Frankfurter Oberhof S. VI. anzunehmen scheint, Statt gefunden habe, möchte schwer festzustellen sein.

gebracht wissen wolle. „Der Scheltende stellt seine eigene Ueberzeugung, sein eigenes Bewußtsein vom Recht, mit einem Wort seine eigene Persönlichkeit dem Finder gegenüber, und hebt durch deren Gewicht die entgegenstehende des Finders auf“ [1]). Der Scheltende spricht stehenden Fußes und sofort nach gesprochenem Urtheile: „das urtel, das mir gefunden ist, das schilt ich, und ist unrecht, und will ein rechters finden,“ — worauf er den Stuhl des Urtheilfinders einnimmt, und alsdann wirklich ein anderes Urtheil findet [2]). Es gab also jetzt Urtheil und Gegenurtheil. Wie sollte nun zwischen beiden entschieden werden?

Diese Frage war von je her eine sehr bestrittene. Eichhorn nimmt an, die Impugnation sei „entweder vor einem andern Gerichte geschehen d. h. es seien andere Urtheiler genommen worden, bei deren Ausspruche es dann geblieben sei, wenn er von der Gemeinde bestättiget worden, — oder durch ein Gottesurtheil“ [3]); — während Rogge [4]) nur das letztere für die vorkarolingische Zeit gelten lassen will. Grimm bemerkt, „die gewöhnliche Wirkung des Scheltens, wenigstens späterhin, sei gewesen, daß der Streit vor andere Urtheiler gebracht worden, entweder unter Vorsitz desselben Richters oder bei einem höheren Gerichte,“ und das Schelten „habe im Alterthume durch ein Gottesurtheil geschehen können“ [5]).

Unger ist der Ansicht, „daß es möglich war, von dem Ausspruche eines Urtheilers sich auf die Meinung Anderer zu berufen, so daß von diesen Anderen ein zweites Urtheil gefunden ward“ und

---

1) Planck a. a. O. S. 17.

2) S. die Beweisstellen aus dem Sachsenſp.; dem Richtst. Landr. und den Magdeb. Schöffenurtheilen bei Planck a. a. O. S. 21 Note 1.

3) a. a. A. § 80.

4) a. a. O. S. 88.

5) a. a. O. S. 865. In seiner angeführten Vorrede zu Thomas F. Oberhof. spricht sich Grimm näher aus: „Treten bei stössigen oder gescholtenen urtheilen abweichende ansichten vor, so war es ganz im geiste unsrer ältesten vorfahren, diese spaltung in einen wirklichen kampf ausschlagen zu lassen, so dass nun ein höheres von der gottheit gelenktes Urtheil entschied. In der regel werden nur die partheien gefochten haben, wiewohl denkbar ist, dass auch die raginburgen, deren überzeugung für das recht fesstand, oder deren ausspruch gescholten war, sich in den kampf einliessen.

daß dann, falls durch dieſes das erſte Urtheil beſtättiget worden, die Sache als beendigt gegolten habe, während im Falle der Abweichung der Scheltende mit den Rachinburgen, welche zu ſeinen Gunſten geurtheilt, gegen die erſten Urtheiler gekämpft und der Ausgang des Kampfes über die Geltung des einen oder des andern Urtheils entſchieden habe [1]).

Nach Planck „wird das geſcholtene Urtheil an eine reinere Quelle des Rechts gezogen, um von dort die Entſcheidung zu holen" z. B. „in den Städten von dem Gericht des Vogts oder dem Gericht, worin einfache Bürger Urtheil fanden, an den Rath, welcher aus den beſten, erfahrenſten der Bürger zuſammengeſetzt erſchien und ſomit als der Träger einer höheren Rechtskenntniß", — wobei jedoch „die Vorſtellung zu entfernen ſei, als ob der höheren Rechts-Quelle auch eine ſtaatliche Macht über die frühere Gerichtsverſammlung zuſtehen müſſe, wie bei der römiſchen und kanoniſchen Appellation". Den Zweikampf ſcheint Planck auf das ſächſiſche Recht und auch hier auf den Fall beſchränken zu wollen, „wenn keine andere Quelle der Entſcheidung übrig war" [2]).

Unſere Anſicht geht dahin, daß es in der vorkarolingiſchen Zeit ohne vorgängige Urtheilsfindung durch andere Rachinburgen in der Regel ſofort nach der Urtheilsſcheltung zum Zweikampfe zwiſchen dem Scheltenden und dem Urtheilsfinder gekommen ſei, und daß der Scheltende, falls er den Spruch aller Urtheiler abgewartet hatte, mit 6 ſeiner Freunde, alſo nicht, wie Unger glaubt, mit früheren Urtheilsfindern, gegen die 7 Rachinburgii residentes, welche das Urtheil gefunden, gekämpft habe.

Was nämlich vorerſt die Annahme der zweiten Urtheilsfindung betrifft, ſo ſtützen ſich Eichhorn und Unger hiebei lediglich auf Lex Alam. tit. 41 cap. 3: Si autem ille qui judicium audire debet,

---

1) a. a. O. §. 18 S. 120 — 127.

2) a. a. O. S. 22, 23 und 20 Note 1. Es muß jedoch bemerkt werden, daß Planck ſeinen Gegenſtand hauptſächlich nur nach dem Sachſenſpiegel und anderen ſächſiſchen Rechtsquellen des Mittelalters, nicht nach dem früheren Rechte behandelt und für die Zeit des Sachſenſpiegels mit ſeinen Behauptungen gewiß Recht hat. Wir glaubten aber dennoch ſeine Anſicht hier anführen zu müſſen, weil bekanntlich nicht ſelten ein Schluß aus dem Rechte des Sachſenſp. auf das frühere Recht zuläßig iſt.

illius qui ad judicandum constitutus est judicium contemnit, dum ille juste judicaverit, et dedignatur eum audire et spernit eum, et arguit coram aliis, et dicit. Non recte judicas, dum ille recte judicat, et si hoc ab aliis judicibus inquisitum fuerit, quod ille juste judicavit, ille contemtor ——— solvat 12 sol. et posthaec non contemnat audire justum judicium, quia sic convenit duci et omni populo in publico concilio.

Dieſe Stelle kann aber, wie ſchon Rogge gezeigt hat, nur für das alamanniſche und vielleicht noch das bayeriſche Recht, nicht für das der übrigen deutſchen Stämme beweiſen, weil die Gerichtseinrichtung jener von der der übrigen bedeutend abwich. Hiezu kommt noch, daß mit einer ſolchen zweiten Urtheilsfindung gar nichts gewonnen wäre, indem, wie Rogge mit Recht bemerkt, „dieſe anderen Schöffen doch keine größere Autorität haben konnten, als die erſten; alſo der Impugnant auch das zweite Urtheil hätte ſchelten können, und ſo in's Unendliche fort“ [1]). Die Anſicht Ungers hat überdies noch den Umſtand gegen ſich, daß nach ihr nicht, wie der Sachenſpiegel will, nur 7 Kämpfer (den Schelter miteingerechnet) ſondern 8, nämlich der Schelter und die 7 zweiten Urtheilsfinder, gegen die 7 erſten Urtheilsfinder gekämpft haben würden. Man kann gegen jene Anſicht zwar nicht anführen, daß es im vorkarolingiſchen Rechte keine Inſtanzeneinrichtung gegeben habe. Denn wenn es auch eine ſolche gegeben hätte, ſo wäre ſie doch nicht zu der Scheltung nothwendig geweſen, und es kommt auch im ſpäteren Rechte eine zweite Urtheilsfindung durch andere Schöffen vor, zu denen die erſten Urtheilsfinder in keinem Subordinationsverhältniſſe ſtehen [2]).

Es läßt ſich auch nicht behaupten, daß zu jener Zeit eine zweite Urtheilsfindung durch andere Schöffen geradezu unmöglich oder etwa verboten geweſen ſei; denn von einem ſolchen Verbote findet ſich nichts in den Quellen. Daſſelbe wäre aber auch ganz überflüſſig geweſen, und zwar aus dem Grunde, weil es, wie Grimm bemerkt, im Geiſte unſerer älteſten Vorfahren war, die

1) a. a. O. S. 93.

2) Vgl. hierüber Thomas a. a. O. S. 9; Planck a. a. O. S. 16. Daß die Sagibarones keine Oberrichter waren, iſt jetzt nicht mehr zu bezweifeln. S. hierüber Savigny a. a. O. I., 196; Rogge a. a. O. §. 13 S. 66 ff. Maurer a. a. O. §. 10 S. 19—22; Thomas a. a. O. S. 11.

in der Scheltung hervortretende Spaltung sofort in einen wirklichen Kampf mit Waffen ausschlagen zu lassen, so daß nun ein höheres von der Gottheit gelenktes Urtheil entschied.

Diese Bemerkung unseres großen Kenners des germanischen Alterthums betrachteten wir als vollkommen genügenden Grund, daß wir uns für die aufgestellte Ansicht entschieden. Ueberdies bestimmt uns zu derselben noch die Erwägung, daß die Urtheilsscheltung, was schon in diesem Worte selbst und in den lateinischen Ausdrücken **blasphemare** und **dicere, secundum legem non judicatum esse** liegt, den Charakter einer ehrenkränkenden Anklage [1]) gegen den Urtheilsfinder hatte, — weßhalb, wie Planck dies ausdrückt, „der Streit über die Gerechtigkeit des Urtheils jedesmal ein persönlicher zwischen dem Finder und Schelter wird," — und daß diesem persönlichen Streite die Ausfechtung durch das vorzugsweise persönliche Entscheidungsmittel d. i. durch den Zweikampf entspricht.

Jenen Charakter hat zwar die Scheltung auch noch im spätern Rechte; aber die Blüthezeit des specifisch-persönlichen Entscheidungsmittels war dann schon vorüber. Endlich steht unserer Ansicht auch noch das altfranzösische Recht zur Seite, in welchem der Zweikampf zwischen dem Urtheilsschelter und Urtheilsfinder die nothwendige und unmittelbare Folge des **faussement** war.

§. 6.

b) spätere Zeit (Oberhöfe.)

Was nun aber das spätere Recht, etwa seit der karolingischen Zeit betrifft, so blieb zwar die alte Urtheilsanfechtung im Wesentlichen unverändert; allein der Zweikampf als Folge derselben und als Entscheidungsmittel über den Bestand des angefochtenn Urtheils [2]) kam allmählig in Abnahme und an seine Stelle trat eine

---

1) Denn „die Möglichkeit eines aus Irrthum gefällten falschen Erkenntnisses," bemerkt K. Maurer a. a. O. S. 192 Anmerk. 3, „gilt dem alten isländischen Rechte, wie wohl überhaupt den älteren germanischen Rechten, für nicht vorhanden."

2) Als Beweismittel kommt aber der Zweikampf noch in dem Stadtrechte von Freiburg im Breisgau von 1120 und im Berner Stadtr. v. 1218 vor; ebenso noch im Breisacher Stadtr. v. 1275; im Stadtr. für Ratingen 1276, im Freiberger Stadtr. zwischen 1294 und 1307, ja sogar noch in Karl's V. Konstitution von Gerechtigkeit des Hauses Oesterreich v. J. 1522. Im Frank-

wiederholte Urtheilsfindung durch andere Schöffen, das sog. Ziehen oder der Zug an einen anderen Richter, an eine andere (reinere) Quelle des Rechts. Hiefür sprechen die unzweideutigsten Quellenzeugnisse [1]). Jedenfalls war der Zweikampf in dieser Periode sehr beschränkt. Für's Erste ist sicherlich für diese Zeit mit Grimm [2]) anzunehmen, „daß nur große bedeutende Händel auf diese Weise in Kampf übergiengen." Sodann darf vielleicht auch die im Sachsenspiegel II., 12 §. 8 in fine enthaltene Bestimmung, wonach nirgends um Urtheil gefochten werden soll, als vor dem Reiche d. h., daß der Zweikampf nur in Folge der Scheltung eines unter Vorsitz des Kaisers oder seines Stellvertreters gefundenen Urtheiles stattfinden dürfe, — für eine sehr frühzeitige Beschränkung gehalten werden [3]). Ob endlich der Zweikampf in dieser Anwendung schon so frühe als ein Ausnahmsrecht des Sachsen angesehen werden könne, wie er als solches im Sachsenspiegel [4]) erscheint, wagen wir

---

furter Stadtr. von 1297 dagegen ist er bereits abgeschafft; in den constitut. regni Siciliae (1221) von Kaiser Friedrich II. wird er sehr beschränkt, in einer Verordnung Rudolph I. v. 1290 verboten. Besonders wichtig für die Abschaffung des Duells ist der rheinische Städtebund v. J. 1254, wie ja auch sonst das Städtewesen auf die Entwicklung des Strafrechts und Processes großen Einfluß geübt hat. Vgl. Thomas a. a. O. S. 27, 28, 34, 35, 38, 40. Zöpfl „das alte Bamb. Stadtr." S. 143. Ueber die Abschaffung des Zweikampfes in Island finden sich interessante Mittheilungen bei K. Maurer a. a. O. S. 201 ff. In England tauchte der Zweikampf bekanntlich noch im Jahre 1817 (Thornton case) auf und wurde erst bei dieser Veranlassung durch Parlamentsakte im Jahre 1819 förmlich abgeschafft. S. Biener „das engl. Geschw. Ger." §. 20 S. 142.

1) Sachsenssp. II, 12; Schwabenssp. (Laßberg) 114, 116b, 117. S. auch Planck a. a. O. S. 22 ff.

2) Vorrede zu Thomas „Oberhof" S. X.

3) S. Unger a. a. O. S. 124; Planck a. a. O. S 16, 17. — Daran, daß auch das Urtheil der Schöffen des Königs gescholten werden konnte, kann nicht gezweifelt werden. S Thomas a. a. O. S. 5. S. auch das Urtheil der Magdeb. Schöffen bei Planck a. a. O. S. 17.

4) II, 12 §. 8: „Schilt en sasse en ordel, unde tüt he's an sine vorderen hant unde an die meren menie, he mut dar umme vechten selve sevede siner genoten wider andere sevene; svar die mere menie segevichtet, die behalt dat ordel. Jewelk verseget man geweddet deme richtere, unde gift deme bute, die up ine gevuchten hevet. (Um ordel ne mut man niergen vechten denne vor dem rike.) Vgl. auch Planck a. a. O. S. 17.

nicht zu entscheiden. Daß jedoch das Duell auch seit der karolingischen Zeit nicht ganz verschwunden ist, läßt sich auch abgesehen von den angeführten Bestimmungen daraus entnehmen, daß bekanntlich noch im Jahre 938 unter Otto dem Großen der Streit über die Repräsentation der Enkel von vorverstorbenen Söhnen bei der Erbfolge durch Zweikampf entschieden wurde [1]).

Indessen muß doch, wie bemerkt, als regelmäßige Folge des Urtheilsscheltens in Anbetracht des hohen Alters des im Sachsenspiegel dokumentirten Rechts die wiederholte Urtheilsfindung oder das Ziehen an den höheren Richter betrachtet werden.

Es darf nun aber, wie Planck [2]) gezeigt hat, in diesem „Ziehen an den höheren Richter" nicht etwa eine römischrechtliche Appellation gesucht werden. Wir haben bereits gesehen, daß es eine solche vor der Reception des römischen Rechts in Deutschland gar nicht gegeben hat. Es muß aber hier noch besonders bemerkt werden, daß es in der damaligen wie in der ältesten deutschen Gerichtsverfassung auch an der nothwendigen Voraussetzung der Appellation d. i. an einem Instanzenzuge gebrach. Wir glauben den Nachweis hievon nicht zu liefern zu brauchen; er ist bereits geliefert [3]). Wir beschränken uns daran zu erinnern, daß der König auch jetzt noch, wie früher, als Richter der ersten Instanz (insoferne dieses Wort bei dem Mangel einer zweiten Instanz überhaupt gebraucht werden kann) zu Gericht saß, daß dasselbe vom missus und vom comes gilt, daß diese beiden sich nicht wie Ober- und Unterrichter zu einander verhielten, daß der comes auch nicht dem centenar gegenüber als zweite Instanz zu betrachten ist [4]), daß ferner die in den Quellen vorkommende Beschwerde bei dem König und bei dem missus gegen den comes keine Anfechtung eines gefundenen Urtheiles, sondern

1) Vgl. Rogge a. a. O. S. 91; Grimm R. A. S. 471 u. f. Vorrede zu Thomas S. VIII. Thomas a. a. O. S. 33.

2) a. a. O. S. 22 ff.

3) S. Rogge a. a. O. S. 88 ff.; Grimm R. A. S. 836; A. Buchner „das öffentl. Gerichtsverf. ꝛc. Erlang. 1825. S. 35 u. 102; insbesondere Thomas a. a. O. S. 15 ff. u. Planck a. a. O. S. 23. Auch Hulshoff l. c. liefert den Nachweis hievon, womit aber in Widerspruch steht, daß er eine Appellation an den König annimmt.

4) Vgl. hierüber namentlich Hulshoff l. c. pag. 57 ff. und Thomas a. a. O. S. 17 ff.

bloß eine Beſchwerde wegen Rechtsverweigerung und zwar bald auf Verweigerung der Verhandlung und Aburtheilung einer Sache, bald auf Verweigerung des Vollzuges eines rechtsgiltigen Urtheils gegründet iſt [1]), — daß endlich der Ausdruck „Zug an den höheren Richter“ nicht als Anrufung eines Gerichtes zu verſtehen iſt, welchem der Richter des geſcholtenen Urtheils ſubordinirt geweſen wäre, ſondern daß der höhere Richter ein dem Urheber des geſcholtenen Urtheils als Urtheilsfinder völlig gleichſtehender Schöffe war und daß er nur darum als höherer Richter bezeichnet wird, weil, wie Planck ſagt, „gewöhnlich die reinere Quelle des Rechts zugleich eine ſolche Gerichtsverſammlung war, deren Vorſitzender auch ſtaatlich eine höhere Gewalt, und namentlich eine Gewalt über den früheren Richter beſaß [2]).“

Dagegen läßt ſich allerdings nicht leugnen, daß ſich mit der Zeit aus dieſem Ziehen an den höheren Richter ein wahrer förmlicher Inſtanzenzug im eigentlichen Sinne des Wortes herausbildete.

Was nun die Art und Weiſe dieſes Ziehens an den höheren Richter betrifft, ſo enthalten darüber unſere Rechtsbücher die genaueſten, umſtändlichſten Beſtimmungen [3]). Der Zug ſoll immer zu dem Gerichte geſchehen, von welchem das Gericht, wo die Schelte geſprochen worden, ſeinen Urſprung hat: — „an die hant, da von der richter daz gerichte hat“. — „Schilt man en ordel, ſo lautet die Regel im Sachſenſpiegel, des sal man tien an den hogesten richtere, unde to lest vor den koning.“ Es wird ſodann genau angegeben, wie viel Boten des Richters, vor dem die Schelte

1) Die Hauptſtelle iſt Capit. a. 823 cap 26: —— et omnis populus sciat ad hoc eos (sc. missos) esse constitutos, ut quicunque per negligentiam aut incuriam, vel impossibilitatem Comitis, justitiam suam adquirere non potuerit, ad eos primum querelam suam possit deferre, et per eorum auxilium justitiam adquirere .... S. auch Eichhorn a. a. O. §. 164 S. 642 und Thomas a. a. O. S. 18.

2) a. a. O. S. 23: „Zufällig war es, daß dieſer Rath zugleich eine anderweitige Botmäßigkeit über das frühere Gericht ausübte. Gewöhnlich iſt die höhere Macht mit der höheren Intelligenz verbunden. Aber nicht jene, ſondern dieſe war der Grund, um von dem Höheren die Entſcheidung über das geſcholtene Urtheil zu holen.“

3) Sachſenſpiegel und Schwabenſpiegel l. l. c. c. — Planck a. a. O. S. 21 ff.

geſchehen, an der Ausfahrt zu dem höheren Richter Theil nehmen ſollen, um das einzuholende Urtheil anzuhören und zurückzubringen; es wird genau beſtimmt, welche rechtliche Eigenſchaften dieſe Boten haben müſſen, und wie ſie ſammt ihren Knechten und Pferden zu verpflegen ſeien [1]) ꝛc. Ward die Schelte von dem höheren Richter nicht für begründet befunden, ſo mußte der Scheltende dem Richter die Ausfahrtskoſten vergüten, überdies die Gewedde entrichten und demjenigen Schöffen, deſſen Urtheil er geſcholten, Buße bezahlen.

Als beſonderes, eigenthümliches Recht des Schwaben bezeugt Sachſenſpiegel [2]), daß das geſcholtene Urtheil auch an den älteren Schwaben (wieder als eine Quelle reicherer Erfahrung und beſſerer Rechtskenntniß) gezogen werden könne, aus welcher gewiß uralten Rechtsſitte am Schlagendſten hervorgeht, wie wenig urſprünglich das Urtheilſchelten mit einem Inſtanzenzuge im Zuſammenhang ſteht.

Wann nun aber ein ſolcher Inſtanzenzug entſtanden ſei, läßt ſich nicht genau angeben, weil ſich das hiezu nöthige Subordinations-Verhältniß auf dem Wege vieljähriger Gewohnheit gebildet hat.

Zur Entſtehung eines ſolchen Subordinations-Verhältniſſes zwiſchen verſchiedenen Gerichten als ſolchen trug hauptſächlich auch das mit der Urtheilsſcheltung auch ſonſt in nahem Zuſammenhange ſtehende Rechtsinſtitut des Rathſuchens oder der Rechtserholung bei. Beide Rechtsinſtitute haben das mit einander gemein, daß es in dem Gerichte, welches urſprünglich zur Entſcheidung berufen iſt, zu einer ſolchen Entſcheidung nicht kommen kann, — und daß deßhalb die Sache vor ein anderes Gericht gezogen oder geſchoben wird. Nur iſt hiebei daran zu erinnern, daß das letztere bei der Urtheilsſcheltung erſt in ſpäterer Zeit eintrat, indem anfänglich in der Regel nicht ein anderes Gericht, ſondern der Zweikampf entſchied, — wie denn auch die Scheltung älter iſt, als das Rathſuchen. Vielleicht kam dieſes Inſtitut erſt dann auf, als das Schelterecht den bei der Sache zunächſt nicht Intereſſirten entzogen und nur den Par-

---

1) Namentlich ſollen die Boten genug Bier und Brot bekommen; außerdem 3 Gerichte und einen Becher Wein; die Knechte erhalten nur 2 Gerichte ꝛc.

2) I, 19. Der Schwabenſpiegel enthält hievon nichts. Vgl. auch Grimm in der angef. Vorrede S. XV.

teien gelaſſen wurde [1]). Denn es gab nur zwei Fälle, in denen es zum Rathſuchen kam: entweder wußten die Urtheilsfinder nicht das Recht oder ſie waren darüber verſchiedener Meinung. In älterer Zeit kam der Fall wohl nicht leicht vor, daß ein zum Urtheilfinden Berufener erklärte, er wiſſe nicht, was Rechtens ſei. War aber ein Urtheilsfinder mit einem vor ihm ausgeſprochenen Urtheil nicht einverſtanden, ſo konnte er ſeine Anſicht nicht anders geltend machen, als durch Schelten des vernommenen Urtheils, und es trat dann regelmäßig in älteſter Zeit Zweikampf, in ſpäterer Ziehen an den höheren Richter ein. Da nun aber dieſes Ziehen für den Scheltenden immer mit einiger Gefahr (Buße) verbunden war, ſo mochte wohl die Beſchränkung des Schelterechts auf die Parteien den Urtheilsfindern ſehr willkommen ſein. In Folge dieſer Beſchränkung trat das Ziehen an den anderen Richter, welches im Falle des Zwieſpalts im Gerichte ſelbſt (im Falle des ſtößigen Urtheils) urſprünglich nur auf dem Umwege des Urtheilſcheltens geſchehen konnte, ſofort ohne dieſen Umweg ein.

Nach dieſer Erklärung erſcheint der ſchon von Grimm [2]) behauptete Zuſammenhang beider Rechtsinſtitute noch viel inniger; ſie haben danach eine gemeinſchaftliche Wurzel.

Zu dieſer innern Verwandtſchaft beider Inſtitute kommt nun noch der mehr äußerliche Zuſammenhang, daß der Zug in Folge einer Urtheilsſcheltung wohl gewöhnlich an daſſelbe Gericht gieng, bei welchem das Gericht, wo die Scheltung geſchehen, Rath und Recht zu erholen pflegte. Wohin anders ſollte gezogen werden, als zu dem Gerichte, welches von dem Gerichte, wo die Schelte geſchehen, ſelbſt als eine beſſere Quelle des Rechts anerkannt war? Wie ſich ſodann aus einem ſolchen längere Zeit und oft wiederholten Ziehen an denſelben Richter und aus dem Rathſuchen bei demſelben ein gewiſſes Uebergewicht des Recht ſpendenden über das Recht ſuchende Gericht herausbilden mußte, iſt wohl leicht begreiflich. Man muß Grimm unbedingt beiſtimmen, wenn derſelbe bemerkt: „Diese rechtserholung beim oberhof bildet keine eigentliche instanz, denn sie tritt ein, ehe das gericht geurtheilt hat, wird von den schöffen

1) Darüber, daß dies geſchehen, ſ. Planck a. a. O. S 20.

2) R. A. S. 836.

selbst eingezogen und durch ihren mund hernach ausgesprochen. Auch scheint in ihr nicht nothwendig abhängigkeit des holenden gerichts von dem auskunft ertheilenden zu liegen; die schöffen konnten sich an einen benachbarten dingstuhl (desselben landes) wenden, der ihnen gleich stand und sie bei anderer gelegenheit ebenfalls befragte. Mit der zeit aber und in der regel muss ein solches verhältniss des geringeren und höheren gerichts entsprungen sein, wie schon die namen untergericht und oberhof zeigen und daraus folgt, dass es bestimmte oberhöfe gab, denen nicht ausgewichen werden sollte [1])."

Am Früheſten bildete ſich ein derartiger Inſtanzenzug bei den Hofgerichten aus, erſt ſpäter bei den Freiengerichten. Das älteſte Beiſpiel einer geſetzlichen Beſtimmung über ſolchen Inſtanzenzug iſt eine Verordnung des Kaiſer Heinrich II. v. J. 1017, in welcher es heißt: Ceterum si coloni in litibus causarum decidendis inter se dissentiunt, ad proximam curtimarchiam eos pro sententiis ferendis statuimus habere recursum; si vero casus perplexus fuerit ac difficilis, ad caput claustri, videlicet ad abbatis praesentiam recurrant [2])." Was hier von dem Falle des Zwieſpalts unter den Urtheilsfindern (des „ſtößigen Urtheils") geſagt iſt, das gilt ebenſo von dem Falle der Urtheilsſcheltung [3]).

§. 7.

Eindringen des römiſchen Rechts.

Ein Hauptgrund der Entſtehung von Obergerichten (Oberhöfen) als höherer, übergeordneter Inſtanzen lag wohl, wie Thomas bemerkt, in der Abnahme der Rechtskunde von Seite des größeren Theiles des Volkes und in dem Eindringen des fremden Rechtes [4]). Zunächſt aber bildeten ſie ſich aus den Rechtserholungen, aus den königlichen Pfalz-, Hof- und Reichsgerichten, ſowie aus den Hofgerichten der Landesherren und endlich großentheils aus den Rechts-

1) R. A. S. 835, 836.

2) S. Grimm R. A. S. 834; Thomas a. a. O. S 49; Grimm Vorrede hiezu S. XII.

3) Grimm R. A. S. 836 u. f. Vorrede zu Thomas S. XIII.

4) Hiemit ſteht nicht im Widerſpruche, daß ſchon früher das Rechtholen vorgekommen. — Vgl. Buchner „öffentl. Gerichtsverfahren" §. 86; Thomas a. a. O. S. 50, 52.

bewidmungen, welche namentlich zwiſchen den Städten häufig vorkamen [1]). Auf die zuletzt angegebene Art entſtanden insbeſondere die höchſt bedeutenden Oberhöfe zu Lübeck und Frankfurt am Main [2]). Principiell ſogar und als Regel findet ſich die Rechtsbewidmung als Grund eines Subordinationsverhältniſſes zwiſchen dem Gerichte des bewidmenden und dem des bewidmeten Gebietes ausgeſprochen in einer Urkunde Kaiſer Friedrich I. v. J. 1173 für Flandern, worin es heißt: **Si quis mercator senserit, se gravari contra justiciam in loco minori, licentiam habeat appellationem faciendi ad majorem locum, a quo minor locus justiciae suae leges acceperat** [3]).

Während auf der einen Seite noch gegen das Ende des 14. Jahrhundert's Beiſpiele von der Mitwirkung des Umſtandes bei der Urtheilsfindung vorkommen [4]), woraus ſich auf allgemeine im Volke noch vorfindliche Rechtskunde und hieraus hinwiederum auf das Fortbeſtehen des unvermiſchten vaterländiſchen Rechtes ſchließen läßt, — zeigt das dem Aachener Reichsſchöffenſtuhl von Kaiſer Karl IV. im Jahre 1356 verliehene Privilegium bereits eine ganz nach römiſch-kanoniſchrechtlichem Zuſchnitte geformte Appellation, indem es daſelbſt heißt: **Quodsi in aliquibus civitate, oppido, communitate aut villa in Imperio ab ista parte citra Alpes Italiae aliqua sententia in judicio per Judicem seu Scabinos civitatis, oppidi aut villae fuerit promulgata, a qua ut a nulla, seu iniqua ad nostros et Imperii sacri fideles Sabinos Aquenses et ad competentes praefatae sedis regalis judices legitime provocari contingeret, quod ex tunc Scabini Aquenses totiens, quotiens hoc evenit, suis patentibus litteris sigillatis ipsis Judicibus et Scabinis, a quibus fuerit appellatum, post quindenam a tempore notitiae habitae literarum praedictarum immediate computandam, certam et nominatam diem ac terminum peremtorium, sicut juxta locorum distantiam et viarum discrimina expediens fuerit et Scabini Aquenses expedire videbitur, praefigere, deputare et assignare teneantur** [5]).

---

1) Thomas a. a. O. S. 53.

2) Michelſen „der ehemalige Oberhof zu Lübeck u. ſeine Rechtsſprüche" Altona 1839 S. 11 ff. Thomas a. a. O. S. 81 ff.

3) Thomas a. a. O. S. 43.

4) Buchner a. a. O. S. 159 ff. S. 397.

5) Thomas a. a. O. S. 55.

Die Oberhöfe vereinigten in ſich meiſtens die Funktion der Rechtsbelehrung im Falle des Zwieſpalts oder des Zweifels innerhalb des Gerichtes ſelbſt und die des Urtheilens in zweiter Inſtanz im Falle der Urtheilsanfechtung von Seite der Parteien.

Ihre Bedeutung wuchs in eben dem Maaße, als in ihnen nach und nach die Zahl derjenigen Beiſitzer ſtieg, welche mit dem fremden Rechte vertraut waren, bis auch die Untergerichte in die Hände ſolcher Rechtsgelehrten kamen. Dieſer Uebergang und die große Bedeutung der „Oberhöfe" ꝛc. zeigt ſich namentlich ſehr deutlich in unſerer Carolina, in welcher die Untergerichte überall [1]) angewieſen werden, ſich „in ihren peinlichen Proceſſen, Gerichtsübungen und Urtheilen, darin ihnen Zweifel zufiel, bei ihren Oberhöfen, da ſie aus altem verjährtem Gebrauch bisher Unterricht begehrt, Rath zu ſuchen. Welche aber nit Oberhöfe hätten, und auf eins peinlichen Anklägers Begehrn die Gerichtsübung vorgenommen wär, ſollen in obgemeldtem Fall bei irer Oberkeit die daſſelbige peinliche Gericht fürnemlich und ohne alle Mittel zu bannen und zu hegen Macht hat, Rath ſuchen. Wo aber die Oberkeit ex officio und von Amts wegen wider einen Mißhändlern, mit peinlicher Anklag oder Handlung vollführe, ſo ſollen die Richter, wo ihnen Zweifel zufiele, bei den nächſten hohen Schulen, Städten, Kommunen oder andern Rechtsverſtändigen, da ſie Unterricht mit den wenigſten Koſten zu erlangen vermeinen, Rath zu ſuchen ſchuldig ſein ꝛc. [2]).

Es verſteht ſich wohl von ſelbſt, daß die mit dem römiſch-kanoniſchen Rechte vertrauten Mitglieder der Oberhöfe in allen Fällen einer an ſie gelangenden Urtheilsanfechtung die Grundſätze von der römiſch-kanoniſchen Appellation in Anwendung brachten. Während der zweiten Hälfte des 15. und noch mehr im Laufe des 16. Jahrhundert's erlangten wohl überall in Deutſchland die römiſch-kanoniſchen Grundſätze von der Appellation die Herrſchaft anſtatt der deutſchrechtlichen von der Scheltung.

---

1) Sie ſagt am Eingange des art. 219 ſelbſt: „Und nachdem vielfältig hievor in dieſer unſer und des heiligen Reiche Ordnung der peinlichen Gericht von Rathſuchen gemeldet wird" ꝛc. . . .

2) art. 219.

§. 8.

Fortsetzung.

Besonders bemerkenswerth sind in dieser Beziehung die Mittheilungen, welche Michelsen[1]) über fragliche Veränderung hinsichtlich des Oberhofes zu Lübeck macht. Nach Michelsen wurde in älteren Zeiten im Falle einer Urtheilsscheltung ein Mitglied des Gerichts, von dessen Urtheil die Berufung geschah, nach Lübeck mit einem Kredenzbriefe gesandt, um über die Sache am Oberhofe und nachher zu Hause die nöthige Auskunft zu geben. Die Parteien mußten dann zugleich an dem bestimmten Termine sich in Lübeck einfinden, in Person oder durch bevollmächtigte Prokuratoren, um vor dem Rathe durch Rede und Widerrede die Sache mündlich zu verhandeln. Nach geschehener Verhandlung wurde im Rathe zu Lübeck das Urtheil sogleich eröffnet, und darauf unter dem kleineren Stadtsiegel schriftlich ausgefertiget. War eine Partei an dem festgesetzten Tage nicht erschienen, so wurde sie auf Antrag und Beweis des Gegentheils sachfällig erkannt; es wäre denn, daß sie Ehehaften darzuthuen vermochte.

In der Folge trat an die Stelle der Absendung von Boten ein Schreiben des Rathes, dessen Urtheil gescholten war, welches an den Rath zu Lübeck gerichtet, einen kurzen Bericht der Sache und ihres bisherigen gerichtlichen Verlaufes enthielt und zuweilen mit der Bitte an den lübeckischen Rath schloß, den Vorzeigern alle Rechtshilfe angedeihen zu lassen und in dieser Sache nach dem Rechte entscheiden zu wollen.

Seit dem Anfange des 15. Jahrhundert's aber trat an dessen Stelle ein durchaus schriftliches, jedoch höchst einfaches und zweckmäßiges Appellationsverfahren ohne Gegenwart der Parteien. Der städtische Rath nämlich, dessen Urtheil gescholten war, sandte ein Schreiben nach Lübeck, welches nach dem Gerichtsprotokoll einen gedrängten Bericht von dem Verlaufe der Sache gab und das gefällte Erkenntniß enthielt mit der Angabe, daß es auf rechtsgehörige Weise

---

1) a. a. O. S. 20 ff. Diese Mittheilungen sind auch aus dem Grunde besonders merkwürdig, weil der Lübecker Oberhof auf wahrhaft konservative Weise eine rühmliche Ausnahme von der immer mehr um sich greifenden Unterwürfigkeit unter das neue fremde Recht macht.

geſcholten worden, und den Oberhof um Rückſendung ſeiner Entſcheidung in einem verſchloſſenen Schreiben geziemend erſuchte. Der Bote, welcher dieſes Schreiben und zuweilen mehrere ſolcher Appellations-Schreiben in Lübeck überbrachte und hier die Angelegenheit beſorgte, empfieng alsbald das verſchloſſene Antwortsſchreiben, welches die Entſcheidung des Oberhofs enthielt.

Sobald der Bote mit demſelben zurückgekehrt war, eröffnete es der Rath in Gegenwart der Parteien. In dieſer Form erhielt ſich das Appellationsverfahren für den lübeckiſchen Oberhofbezirk, geringe Modifikationen [1]) abgerechnet, unverändert bis in's 16. Jahrhundert.

Im 16. Jahrhundert aber wurde es, wie Michelſen bemerkt [2]), „mehr und mehr durch den Einfluß der fremden Rechte, des kammergerichtlichen Proceſſes, der gelehrten Jurisprudenz, wie ſie damals war, (die graduirten Juriſten, die Mitglieder der Stadtmagiſtrate waren und noch mehr durch die rechtsgelehrten Anwälte, die oft mehr ſchrieben, als dachten) verändert, geſtört und verunſtaltet," und zwar in dem kurzen Zeitraume von einigen Jahrzehenten. So geht z. B. ſchon aus Urtheilen von Golnow und Demin des Jahres 1499 und 1502 hervor, daß innerhalb 10 Tagen eine ſchriftliche Appellation angenommen wurde, während die frühere Scheltung in continenti und mündlich geſchehen mußte; ferner wurden nun auch in der Appellationsinſtanz neue Thatſachen und Beweismittel vorgebracht. „Die Proceßakten dieſer Zeit," berichtet Michelſen, „waren ſchon ſo dick und weitſchweifig wie die heutigen, und dabei höchſt geſchmacklos, mit Allegaten aus den Juſtinianeiſchen Rechtsſammlungen und mancherlei lateiniſchen Phraſen und Verſen überfüllt. Im Jahre 1595 geriethen die Lübecker mit den Roſtockern darüber, daß ſie die weitläuftigen und beſchwerlichen ſchriftlichen Produkta in Appellationsſachen von Roſtock nicht annehmen wollten, in eine geſpannte und zum Theil wirklich heftige Korreſpondenz. Sie gaben dem Roſtocker Rathe auf, einen bloßen Vidimus einzuſenden, wie es von Altersher gebräuchlich geweſen, der die vornehmſten merita caussae enthielte, unter der Androhung, daß widrigenfalls den Roſtocker Bürgern das Gaſtrecht zu Lübeck nicht zuge-

1) Vgl. hierüber Michelſen a. a. O. S. 26.
2) a. a. O. S. 27.

ſtanden werden ſollte. Allein die Roſtocker beſtanden hartnäckig, ihrer Gerichtsordnung v. J. 1586 folgend, auf die gemeinrechtliche Procedur, deren Vorzüge im Vergleich mit dem alten mündlichen Verfahren, welches ſie nach Beliebung der gemeinen Bürgerſchaft ſeit mehr als zwanzig Jahren bei ihrem Obergerichte abgeſchafft hätten, ſie aufzuzählen ſich bemühten. Sie theilten daher nicht allein die vollſtändigen Parteiſchriften und übrigen Akten erſter Inſtanz mit, ſondern wollten auch den Parteien in der Appellationsinſtanz die Einreichtung von Deduktionsſchriften geſtattet wiſſen [1])".

Wir haben hier ein gewiß ſchlagendes Beiſpiel dafür, wie durch die unpatriotiſche Verehrung des römiſchen Rechtes ſo manche unſerer deutſchen Rechtsinſtitute verdrängt wurden, die der ſogenannten ratio scripta an Zweckmäßigkeit weit überlegen waren, — ein Beiſpiel zum Beleg dafür, daß die Reception des römiſchen Rechts als beneficium e coelo in terram delapsum [2]) zu betrachten ſei!

§. 9.

Schluß. Die Urtheilsanfechtung zur Zeit der Carolina.

Wenn auch nicht gerade auf dieſelbe Weiſe, wie im Lübecker Oberhof, ſo erfolgte doch der Sieg des fremden über das einheimiſche Recht überall in Deutſchland um dieſelbe Zeit, in dem einen Lande etwas früher, in dem anderen ſpäter.

Daß nun aber in der Appellationsinſtanz nicht mehr, wie früher bei der Scheltung, bloß eine einzelne Rechtsfrage zur Erwägung und Entſcheidung kommen konnte, ſondern der ganze Fall mit allen ſeinen Haupt- und Nebenfragen, ſowohl rechtlichen als faktiſchen, bedarf wohl keines beſonderen Nachweiſes, wenn man bedenkt, daß ſchon im Laufe des 14. Jahrhunderts der ganze Strafproceß in Deutſchland von den Grundſätzen des römiſchen und kanoniſchen Rechts durchdrungen wurde, und namentlich das Urtheil, welches früher bloß eine Rechtsweiſung war, nunmehr ganz und gar die Natur des römiſch-kanoniſchen Urtheils (d. i. einer an keine Beweisregeln gebundenen Entſcheidung der That- und Rechtsfrage) angenommen hatte.

Indeſſen werden wir ſpäter ſehen, daß auch die Herrſchaft der

---

1) Michelſen S. 29.

2) Chr. Fr. G. Meister in ſeiner Dissert. de juris Rom. crim. in Germaniae foris max. hodiernis auctoritate. Gott. 1766 §. 8.

römisch-kanonischen Appellation in Deutschland wenigstens de facto nicht von langer Dauer war.

Es ist zwar irrig, anzunehmen, daß diese Appellation schon in der Mitte des 16. Jahrhunderts außer Anwendung gekommen sei. Man wollte dies daraus schließen, daß in die Carolina keine Bestimmungen über die Appellation aufgenommen wurden. Allein der Grund dieses Schweigens liegt nicht in der Unstatthaftigkeit der Appellation in den deutschen Gerichten jener Zeit, sondern in dem damaligen politischen Verhältnisse des deutschen Reichsoberhauptes zu den Landesherrn.

Diese wußten sich nämlich nach der Auflösung der alten Gauverfassung nicht nur im Besitze des Blutbannes als eines zu ihrer Landeshoheit gehörigen Rechtes zu behaupten, sondern auch die Berufung an das neuerrichtete Reichs-Kammergericht in Strafsachen für ihre Territorien gänzlich abzuschneiden.

Was als Thatsache von der bereits damals ohnmächtigen Centralgewalt ohnehin nicht hätte geändert werden können, das wurde seitens der im Besitze befindlichen Territorialherrn theoretisch noch dadurch zu rechtfertigen gesucht, daß der Inquisitionsproceß, der faktisch das regelmäßige Verfahren war, für ein summarisches Verfahren gehalten wurde, in welchem die Appellation unzuläßig war [1]). Auch ließen sich wohl die Landesherrn noch besondere Privilegien gegen das Appelliren von ihren Territorialgerichten an das Reichsgericht ertheilen [2]). Da jedoch trotz aller dieser Vorkehrungen auch in Kriminalfällen Berufungen an das Kammergericht vorkamen und dieses sich auch mit denselben nach den kaiserlichen Rechten befaßte [3]), so nahmen die Fürsten keinen Anstand, vom Kaiser zu fodern, daß er seinem Kammergerichte die Annahme von Berufungen in Strafsachen verbiete.

Das Reichsoberhaupt stellte sich auch wirklich sein testimonium paupertatis (im eigentlichen Sinne des Wortes, nicht animi) selbst

1) Vgl. auch Jordan in Weiske's Rechtslex. Bd. I. sub voce Appellation S. 410.

2) Die sog. privilegia de non appellando oder de non evocando. Vgl. Eichhorn d. St. u. R. Gesch. IV. §. 550.

3) J. S. Fr. de Böhmer „Meditationes in C. C. C." Hal. Magdeb. 1770 ad art. 219 §. 6.

aus, indem endgiltig im Reichsabſchiede v. 1530 §. 95 verfügt wurde, „daß hinfürter in peinlichen Sachen (bei dem Reichs-Kammergerichte) keine Appellation angenommen werden ſolle“.

Es befand ſich zwar noch in dem Entwurfe der Carolina von 1521 am Schluſſe eine Beſtimmung, wonach an das Kammergericht eine Klage oder Beſchwerde (jedoch mit Ausnahme des Todesurtheils [1]) ohne Suspenſiveffekt, erſt nach Vollziehung der Strafe, alſo keine Appellation) hätte gebracht werden können.

Allein es wurde nicht nur dieſe Beſtimmung ſchon aus dem Entwurfe des Jahres 1529 beſeitiget, ſondern überdies noch im letzten Artikel deſſelben ausdrücklich beſtimmt, „daß hinführo von den Urtheilen, ſo nach Vermöge dieſer unſerer Halsgerichts-Ordnung geſprochen werden, nicht appellirt, oder gewegert, ſondern dieſelbigen in ihrer Kraft bleiben, und ohne einige Appellation vollzogen werden ſollen“ [2]).

Der Grund, warum nun in die Carolina auch dieſes Verbot nicht aufgenommen und die Appellation in derſelben ganz mit Stillſchweigen übergangen wurde, iſt bei Kreß a. a. O. §. 7 in fine angegeben. Er beſteht, wie Wenker an Kreß ſchreibt, lediglich darin, daß der mit der Endredaktion der P. G. O. beauftragte Ausſchuß gefunden, daß die Appellation in einigen Territorien geſtattet geweſen ſei, in anderen aber nicht. Daher iſt es außer allem Zweifel, daß durch die Reichsgeſetzgebung nicht die Appellation überhaupt, ſondern nur die Appellation an das Reichskammergericht verboten werden wollte [3]).

Dieſes Verbot findet ſich bezüglich „der peinlichen Sachen, die Leibesſtrafe auf ihnen tragen“ wiederholt in der Reichskammer-Gerichts-Ordnung v. 1555 Thl. II. tit. 28 §. 5 und tit. 31 §. 14. —

1) Nach dem Wortlaute des Artikels (ſ. Kreß Comment. in Carol. ad art. 219 §. 6) hätte die Beſchwerde aber auch in dieſem Falle keinen Suspenſiveffekt gehabt. Sed lepide apud Deckherum p. 230 n. 104 ad ord. cam. annotatum est: „ſonſten wenn der Kopf herunter iſt, läßt ſich derſelbe mit Nullitätsproceſſen nicht wiederum auffſetzen.“

2) S. Kreß a. a. O. §. 7. — Die Kommentatoren Clasen und Blumblacher gelangen über die Frage der Zuläßigkeit der Appellation nach der Reichs-Geſetzgebung mit Leichtigkeit hinweg, indem ſie darüber ein vollſtändiges Stillſchweigen beobachten.

3) S. Kreß a. a. O. §. 7 ff. — J. S. Fr. Böhmer Meditat. l. c. §. 6. S. auch Abegg Krim.-Proc. §. 186; Müller Krim.-Proc. §. 215; Mittermaier d. St. V. §. 201; Jordan in Weiske's Rechtslex. I. S. 411.

Als letzten Schimmer kaiſerlicher Kriminaloberhoheit im Reiche erblicken wir hier eine Nullitätsbeſchwerde, welche bei dem Reichs-Gerichte erhoben werden dürfe [1]).

Während in Frankreich, wie wir ſehen werden, die Appellation von den adeligen Gerichten an die königlichen ein Mittel war, deſſen ſich das Königthum zur Unterjochung des Adels mit Erfolg bediente, trug in Deutſchland der Mangel eines allgemeinen Reichskriminal-Gerichtes, welches den landesherrlichen Kriminalgerichten als höchſte Inſtanz übergeordnet geweſen wäre, gewiß das Seinige zum Zerfall des Reiches ſelbſt bei [2]).

Ob und inwieferne aber innerhalb eines Territoriums die Appellation zuläßig ſei, darüber hatte lediglich das Partikularrecht des betreffenden Territoriums ſelbſt zu entſcheiden. Es würde uns hier zu weit führen und ohne Nutzen ſein, wenn wir uns in eine genaue Unterſuchung einlaſſen wollten, in welchen Territorien die Appellation üblich geweſen ſei, und in welchen nicht [3]). Wo ſie nicht üblich war, lag der Grund davon, wie Böhmer [4]) bemerkt, lediglich in dem Mangel an Obergerichten, nicht in der Natur der Strafſachen, da vielmehr dieſe weit mehr begünſtiget waren, als die Civilſachen.

Was die Doktrin des 16. Jahrhunderts betrifft, ſo ſcheint jener Streit über die Zuläßigkeit der Appellation mit Rückſicht auf den Inquiſitionsproceß als den herrſchenden ſchon damals, alſo bereits von Karpzow angefangen zu haben [5]).

§. 10.

Anhang.

Das kanoniſche Recht und die italieniſchen Juriſten.

Das kanoniſche Recht war bekanntlich dem Rechtsmittel der

---

1) Jedoch nur de formalibus nicht de meritis causarum. Böhmer Meditat. l. c. §. 8.

2) Ob bei Geldſtrafen an's Kammergericht appellirt werden durfte, war ſtreitig. S. Kreß a. a. O. §. 8 ff.; J. S. Fr. Böhmer Observ. ad Carpzov. obs. I. (qu. 139).

3) S. hierüber Hulshoff l. c. pag. 91.

4) J. S. Fr. Böhmer Meditationes in C. C. C. ad art. 219 §. 6.

5) Vgl. z. B. Abegg über die Anſicht Gobler's im Arch. des Krim.-R. 1835 S. 23 ff. Nach Abegg ſcheint Gobler gegen, Tengler aber für die Appellation geweſen zu ſein.

Appellation auch in Kriminalſachen ſehr günſtig und geſtattete es anfangs im allerweiteſten Umfange. Die Appellation war das Rechts-Mittel für alle Arten von Beſchwerden in Rechtsſachen, wie im römiſchen Rechte.

Die Beſchränkungen der Appellation traten erſt ſeit dem 12. Jahrhundert ein [1]). Sie beziehen ſich ebenfalls wie im römiſchen Rechte vorzüglich auf gewiſſe ſchwerere und vollſtändig, namentlich durch Geſtändniß bewieſene Verbrechen.

Ebenſo ſchloß ſich das kanoniſche Recht auch hinſichtlich des Verfahrens bei der Appellation an das römiſche Recht an.

Die Appellation fand im kanoniſchen Rechte einerſeits an der Hierarchie eine bedeutende Stütze, anderſeits diente ſie ſelbſt wieder zur Förderung hierarchiſcher Zwecke, und erinnert alſo auch in dieſer Beziehung an die römiſche und, wie wir ſpäter ſehen werden, franzöſiſche Appellation.

Was den Einfluß des kanoniſchen Rechts auf die Rechtsentwickelung in Deutſchland und Frankreich, insbeſondere auf die Ausbildung des Strafproceßrechtes betrifft, ſo wüßten wir in der That nicht, wie es zu rechtfertigen wäre, wenn wir hier eine Darſtellung deſſelben liefern würden, indem dieſelbe nichts Anderes ſein könnte, als eine unnöthige Wiederholung deſſen, was dem Leſer ſchon oft und viel beſſer dargeſtellt worden iſt, als wir es im Stande wären. Wir beſcheiden uns daher, auf die Darſtellungen in den bekannten Schriften Eichhorn's, Biener's, Roßhirt's, Stein's, Hélie's, Schäffner's u. A. hinzuweiſen.

Was ſodann — die italieniſche poſtgloſſatoriſche Kriminaljurisprudenz betrifft, ſo mag es, obwohl ſie bekanntlich die Vorgängerin und Hauptquelle unſeres gemeinen deutſchen Kriminalrechts und früheren Kriminalproceſſes war, genügen, wenn wir hier bloß darauf Rückſicht nehmen, was Julius Clarus, einer der letzten und bedeutendſten dieſer Juriſten, über die Anfechtung von Strafurtheilen bemerkt.

Dies beſteht nun aber in nichts Anderem, als in der Darſtel-

1) S. Walter „Lehrb. des Kirchenr." (9. Aufl. 1842) §. 185 und §. 19. Vgl. über die Appellation nach kanon. Rechte überhaupt auch noch Hulshoff l. c. pag. 138 ff. und Müller „Lexikon des Kirchenrechts". 2. Aufl. 1839 s. v. „Appellation" S. 76 ff.

lung der römiſchrechtlichen Grundſätze [1]). Wir finden bei Klarus denſelben weiten Spielraum der Appellation, wie in den kaiſerlichen Konſtitutionen. Die wichtigſte Beſchränkung iſt auch hier die Ausſchließung der Appellation im Falle eines glaubwürdigen und durch anderweitige Beweiſe unterſtützten Geſtändniſſes, namentlich bei homicidium, veneficium, adulterium, maleficium und vis publica.

Beſtimmungen darüber, wegen welcher Beſchwerden appellirt werden dürfe, finden ſich hier ebenſowenig, wie in den Konſtitutionen und Kanonen, daher anzunehmen iſt, daß in dieſer Beziehung noch keinerlei Beſchränkung und Unterſcheidung Statt gefunden habe [2]).

Ueberdies ſteht auch noch bei Clarus die Appellation cuilibet de populo zu. Daß die Appellation auch hier ſowohl den Suspenſiv- als Devolutiveffekt habe, verſteht ſich von ſelbſt.

Ueber das Verfahren ſelbſt gibt uns Clarus keine beſondere Nachricht. Daſſelbe war aber ohne Zweifel mit dem Verfahren in erſter Inſtanz im Weſentlichen gleichförmig. Nur die Frage beſpricht Clarus beſonders, ob der Richter, welcher das angefochtene Urtheil geſprochen, zur Verhandlung in appellatorio zu citiren ſei und bezeugt hier als communis opinio, daß eine ſolche Citation nur dann nothwendig ſei, wenn der Richter ex officio verfahren.

Indeſſen erfahren wir aus Clarus, daß in ſeiner Heimath (im Mailändiſchen) die Appellation nicht in Anwendung geweſen ſei. Ceterum in hoc Ducatu haec omnia sunt superflua, cum per constitutiones sublata sit in causis criminalibus omnis appellatio et dictio nullitatis.

---

1) Julius Clarus († 1575) Sentent. recept. lib. V. §. fin. pract. crim. quaest. 94.

2) S. Clarus l. c. qu. 94 Nr. 9 in fine, woraus hervorgeht, daß auch wegen Nullitäten appellirt werden könne. Den Nullitäten widmet Clarus eine beſondere quaestio, nämlich qu. 50.

3. Kapitel.

Die gemeinrechtliche deutſche Doktrin und die Geſetzgebung von Karpzow bis auf die neuere Zeit.

§. 11.

Karpzow.

Karpzow [1]) handelt von der Appellation in ſeiner Nova practica rerum criminalium p. III. quaest. 139 (betitelt: An et quando in causis criminalibus appellare et leuterare liceat) und zwar unter den causae impedientes executionem.

Vorerſt bezeichnet er die Appellation als dasjenige mit Suspenſiveffekt ausgerüſtete Rechtsmittel, welches darin beſtehe, daß der in einer Kriminalſache durch ein Urtheil ſich für beſchwert haltende Angeklagte den nächſt höheren Richter mit der Bitte anruft, die entſchiedene Sache wiederholt in Kognition zu nehmen und das angeblich ungerechte Urtheil zu ſeinen Gunſten abzuändern. Hierauf folgt die Bemerkung, daß die Appellation ebenſo in Kriminal- wie in Civilſachen zuläßig ſei, und zwar nicht bloß gegen Endurtheile, ſondern auch gegen das auf Anwendung der Tortur lautende Interlokut. Ja die Appellation ſei ſogar gegen ein Erkenntniß auf Geldſtrafe zuläßig, wenn ſie viva voce erhoben werde, und es bedürfe nicht einmal der Angabe eines beſonderen Beſchwerdepunktes (etiam absque ulla causae expressione, sine qua alioquin non procedit appellatio.)

Nun folgen ſpekulative Betrachtungen über die Beſtimmung des Inſtitutes: „Namque appellatio praesidium innocentiae est et gravaminis justi relevatio; adeoque species quaedam defensionis, quae nemini deneganda est; cujus beneficium ideo introductum fuit, ut non deducta et probata melius deducere et probare liceat; maxime vero, ut per hanc, si opus sit, iniquitas judicantium, vel

1) Wir glauben hier Damhauder (Praxis rerum criminalium Antwerp. 1555, cap. 149 de appellatione) übergehen zu können, da wir bei ihm nichts beſonders Bemerkenswerthes gefunden haben und ſeine Darſtellung der Lehre von der Appellation auf die Entwickelung des Rechtes in Deutſchland ſicherlich keinen bedeutenden Einfluß geübt hat. Die Darſtellung enthält das römiſch-kanoniſche Recht und Bemerkungen über das Recht in Flandern, wo die Appellation ungebräuchlich war. Vgl. über das Folgende auch Hulshoff l. c. pag. 84 ff.

imperitia, corrigatur aut revocetur, vel suppleatur saltem id, quod in prima instantia omissum est.“ Dieſe Betrachtungen werden mit dem Satze geſchloſſen: „Quodsi vero unquam deductio innocentiae et defensionis reo permittenda, absque dubio in causis criminalibus, ubi non de glande legenda, sed de vita hominis atque damno irreparabili agitur, saluberrimum hoc appellationis remedium reo gravato concedendum erit“ [1]).

Insbeſondere, erklärt dann Karpzow weiter, ſei die Appellation da am Platze, si nulliter in causa processum sit, z. B. contra captivum inauditum et indefensum. Hier könne Jedermann für den Verurtheilten provociren.

Ferner berichtet er, daß die Appellation auch gegen die Verhaftung und Einkerkerung zuläßig ſei, und zwar ſelbſt nach Ablauf von 10 Tagen (nach vollzogener Verhaftung und Einkerkerung), „quoniam successive gravatur is stando in carcere, et in successivo gravamine non currit tempus appellandi sive provocandi ad superiorem judicem; cum semper praesenti gravamine appellari possit.

Endlich werden die frivolen und kalumnioſen Appellationen abgefertiget. Caveant ergo judices superiores, ne facile recipiant quasvis appellationes leviores!

Dieſes iſt — einige Bemerkungen am Schluſſe der quaestio über die Zuläßigkeit der Haft pendente appellatione abgerechnet — Alles, was Karpzow über die Appellation vorbringt Er ſcheint hiebei die römiſch-rechtlichen Beſtimmungen über die Appellation als bekannt vorauszuſetzen und eine Erörterung derſelben für überflüſſig zu halten. Daß er ſich bei ſeinen Bemerkungen überall auf das fremde Recht ſtütze, geht ſchon daraus klar hervor, daß er ſtets die Quellen des römiſchen und kanoniſchen Rechts und die Schriften der italieniſchen Kriminaliſten allegirt. Da wir die Appellation, wie ſie in dieſen Rechtsquellen erſcheint, bereits kennen gelernt haben, wäre es überflüſſig, wenn wir Karpzow aus denſelben ergänzen würden.

1) Aehnlich heißt es bei Julius Clarus recept. sent. lib. V. §. final. procem. „— — Est autem haec rerum criminalium materia longe omnium, quae in foro versantur, pulcherrima. Nulla enim adeo frequens est, nulla huic utilitate, aut gravitate comparari potest, cum hic non de tritico, aut oleo legato, sed de hominum fortunis, existimatione ac capite agatur, quibus rebus nihil est orbe terrarum preciosius.

Nur das Einzige möge zu bemerken gestattet sein, daß die Appellation auch bei Karpzow (unter der sogleich anzuführenden Voraussetzung), wie in den angegebenen Rechten, das einzige und alleinige Rechtsmittel ist, und daß Karpzow namentlich noch keine besondere querela nullitatis oder Nichtigkeitsbeschwerde neben der Appellation kennt, was sich deutlich aus seiner Bemerkung sub Nr. 9 ergiebt. Es konnten also auf dem Wege der Appellation noch immer alle Arten von Beschwerden erhoben werden, und es fand in dieser Beziehung namentlich kein Unterschied Statt zwischen der Entscheidung der That- und der der Rechtsfrage.

S. Fr. Böhmer fügt Karpzow in observatio II. noch eine Ausführung des Satzes bei, daß auch der Ankläger und zwar sowohl der accusator voluntarius wie necessarius appelliren könne.

Sub Nr. 14 nun aber heißt es bei Karpzow: Haecque de jure communi civili ita obtinent. Quae tamen moribus hodiernis Germaniae non parum fuere immutata: si quidem in causis criminalibus regulariter hodie appellare non licet. Unde regulam formare haud vereor: Quod scilicet hodie in processu criminali inquisitorio appellatio nequaquam sit admittenda.

Er führt für diese Regel folgende Gründe an:

1) sei die Appellation in Kriminalsachen durch altes Herkommen abgeschafft, indem das Strafurtheil, insbesondere bei Kapitalverbrechen, unverzüglich vollstreckt werden müsse;
2) sei sie auch in den Reichsgesetzen ausdrücklich verboten;
3) spreche gegen die Appellation auch die mit ihr verbundene Verzögerung in der Bestrafung der Verbrecher, welche nicht selten in völlige Vereitelung übergehe und mit dem favor publicae disciplinae unverträglich sei;
4) endlich sei die Appellation auch in der churſächsischen Gesetzgebung und Praxis nicht üblich.

Da nun aber Karpzow die Unstatthaftigkeit der Appellation nur für den Inquisitionsproceß (si ex officio contra reum proceditur), nicht für den Accusationsproceß behauptet, und letzterer bei ihm als processus ordinarius erscheint, so könnte man glauben, daß das Appelliren zu Karpzow's Zeit sehr häufig gewesen sei. Allein der Inquisitionsproceß war bekanntlich schon damals das

regelmäßige und herrſchende Verfahren, wenn auch der Anklageproceß noch als ordinarius aufgeführt wird [1]) Daher mochten zu Karpzow's Zeit in Wirklichkeit nur ſehr ſelten Appellationen vorkommen [2]).

Es geſchah aber Karpzow großes Unrecht, wenn man gegen ihn, wie dies namentlich Oldekop [3]) gethan, aus dieſer Verwerfung der Appellation (im Inquiſitionsverfahren) die Beſchuldigung ableitete, als habe er damit die Rechte des Angeklagten verkümmern und ſeine Lage verſchlimmern wollen.

Denn wenn wir auch allerdings den aus der Natur der Sache geſchöpften Grund für die Unſtatthaftigkeit der Appellation sub Nr. 3 nicht gelten laſſen können, und wenn auch Karpzow ſich zuerſt mit ſolcher Entſchiedenheit gegen die Appellation erklärte, ſo haben wir doch keinen Grund, an der Richtigkeit ſeiner Angabe, daß die Appellation zu ſeiner Zeit durch den Gerichtsgebrauch abgeſchafft ſei, zu zweifeln. Fand er aber im Inquiſitionsverfahren keine Appellation, ſo kann dies doch nicht ihm zur Laſt gelegt werden, daher es auch unrichtig iſt, ihn für den Urheber jener Theorie zu erklären, wonach die Appellation mit dem Inquiſitionsproceſſe unverträglich ſei [4]). Er mußte ſich dem beſtehenden Rechte unterwerfen, und es blieb ihm nichts Anderes übrig, als dafür in die Schranken zu treten, was ſich etwa im Inquiſitionsverfahren als Surrogat für die Appellation vorfand.

Dieſes iſt denn auch von Karpzow in einer Weiſe geſchehen, die ihm anſtatt Vorwürfe die dankbarſte Anerkennung hätte verſchaffen

---

1) Es iſt nicht ganz richtig, wenn Biener Beitr. S. 168 behauptet, Karpzow erkenne den Inquiſitionsproceß Quaest. 103 nr. 50 als proc. ordinarius an. In der Hauptſtelle (quaest. 103 nr. 17) führt er vielmehr den akkuſatoriſchen Proceß als ordinarius auf und ſtellt dieſem den proc. inquisitorius entgegen. Erſt sub Nr. 51 eod. bemerkt er, daß der Inquiſitionsproceß „hodie“ das „remedium ordinarium“ ſei.

2) In caussis criminalibus regulariter hodie appellare non licet. Daß indeſſen Appellationen wirklich vorkamen, bezeugt Karpzow l. c. nr. 31 — 36 ſelbſt.

3) Just. Oldecop „Contra Dn. Bened. Carpzovium tractatus duo, I. de appellatione in causis criminalibus etc. Bremae 1691.

4) Hat ja doch ſchon Kreß a. a. O. die Behauptung aufgeſtellt, daß die Appellation in Strafſachen durch das Gewohnheitsrecht abgeſchafft ſei. S. auch Böhmer Observ. in Carpz. h. l. observat. I.

sollen. Er erklärt sich nämlich mit der größten Entschiedenheit für das Rechtsmittel der Vertheidigung [1]).

Dieses Rechtsmittel hat zwar keinen Devolutiveffekt, wie die Appellation; allein es hat ebenso, wie diese, den Suspensiveffekt, ist an kein fatale gebunden und wird überdies mehrmals in einem und demselben Processe zugelassen.

Ob dasselbe ein vollständiger Ersatz für die Appellation gewesen sei, möchte bei dem angegebenen Mangel des Devolutiveffektes trotz Böhmers Versicherung [2]) freilich zu bezweifeln sein. Indessen war die Zulässigkeit desselben in keiner Weise mehr beschränkt, als die der Appellation und Karpzow führt zu seiner Begründung ausdrücklich an: „ne inquisitus deterioris sit conditionis in processu inquisitorio, quam reus accusatus in processu ordinario." Daß dieselbe überhaupt wirklich ein sehr ergiebiges Schutzmittel der Unschuld gewesen sein müsse, scheint doch aus der weiteren Begründung bei Karpzow hervorzuleuchten, indem es daselbst heißt: „Nam publice expedit, hominum potius conservatione vel adjectione, quam pecuniarum copia rempublicam augeri et ampliari; satiusque est, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem condemnari; sodann: defensio juris naturae est. Auch beruft er sich hiebei auf die Kammergerichtsordnung von 1555 Thl. II. Tit. 28 §. 5, woraus hervorgeht, daß auch Nullitäten auf dem Wege der defensio, wie in ordinario auf dem der Appellation, angezeigt werden konnten.

Ueber die Polemik Oldekop's gegen Karpzow urtheilt schon Böhmer [3]), daß sie nicht auf soliden Argumenten beruhe, und der ganze Streit im Grunde genommen ein bloßer Wortstreit (logomachia) sei.

---

1) Es läßt sich nicht mit Bestimmtheit behaupten, daß Karpzow der Erfinder dieses Rechtsmittels gewesen, wenn auch die von ihm angeführten Präjudicien aus dem Jahre 1630 sind. Er hat dasselbe wahrscheinlich gefördert; daß es aber schon vor dem Erscheinen seiner practica in Sachsen üblich war, geht aus dem in dieser selbst angeführten Schöffenspruch-Formulare (Nr. 40) hervor. Vgl. Bienер Beitr. S. 174.

2) Observat. I. ad Carpz. h. l.: „Interim per hanc (sc. defensionem) multo majora beneficia concessit reis, quam per appellationem consequi possunt, quum sic ad fatalia non adstringantur et tamen amplissimo campo potiantur de caussis innocentiae querendi.

3) Observat. ad Carpz h. l. (qu. 139) obs. I. und dessen Meditat. in C. C. C. ad art. 219 §. 6 ff.

Uebrigens, bemerkt Böhmer sodann, sei die Frage, wie es sich bezüglich der Appellation in Strafsachen in der Praxis verhalte, doch eine sehr verwickelte. Nach einem kurzen Ueberblick über die Geschichte der Urtheilsanfechtung in Deutschland, worin er auch die Frage berührt, ob die Appellation nach den mehrerwähnten Reichsgesetzen überhaupt oder nur für die Reichsgerichte abgeschafft sei [1]), berichtet er, daß, seitdem in den Territorien Obergerichte eingeführt worden, der Gebrauch der Appellation (mit Devolutiveffekt) wieder in Aufnahme gekommen sei, so z. B. in Sachsen, Braunschweig, Tyrol, jedoch unter verschiedenem Namen z. B. supplicatio und mit bedeutenden Modifikationen.

§. 12.

Von Karpzow bis auf die neuere Zeit.

Was nun den weiteren Verlauf des Streites betrifft, ob die Appellation auch im Inquisitionsprocesse statthaft sei, so dauerte derselbe bis in's 19. Jahrhundert herein, indem noch Feuerbach in der ersten Ausgabe seines Lehrbuches die der Appellation feindliche Ansicht als die herrschende bezeichnet [2]).

Es fanden sich zwar auch nach Oldekop Vertheidiger der Appellation [3]); allein die herrschende Ansicht war wirklich wenigstens bis auf Grolmann und Feuerbach die, daß im Untersuchungsverfahren, also im herrschenden Kriminalprocesse, der auch von den Processualisten fortwährend als summarischer Proceß behandelt wurde, die Appellation nicht zuläßig sei [4]).

Dagegen fand nach Karpzow's Vorgang das nicht devolutive

---

1) Vgl. auch seine Medit. ad C. C. C. art. 219 §. 6 und §. 8.

2) Feuerbach Lehrb. des gem. in D. gült. p. Rts. 1. Ausg. 1801 §. 620. Vgl. auch Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. 6. Ausg. Leipzig 1821 (III. Bdes. 2. Abth.) §. 780. Quistorp trägt hier noch die Karpzowsche Theorie vor, bemerkt aber schließlich, „die angenommene Meinung, daß überhaupt in peinlichen Fällen und Straffachen keine Appellation zuläßig sei, beruhe auf solchen Gründen, die keineswegs als zureichend und im Allgemeinen anwendlich angesehen werden können." Vgl. auch Hulshoff l. c. pag. 86. ff.

3) Zu ihnen gehört auch Böhmer, Medit. in C. C. C. art. 219 §. 7. — S. auch Quistorp a. a. O. N. a. u. o.

4) z. B. noch Danz in seinen summarischen Processen. Stuttg. 1792, ja noch in der 3. Ausg. v. J. 1806. (§. 265 u. Note e); Klein Grundsätze des peinl. Rechts. 2. Ausg. Halle 1799 §. 574.

Rechtsmittel der defensio unter dem Namen der „weiteren Vertheidigung“ (remedium ulterioris defensionis) sowohl in der gemeinrechtlichen Doktrin als Praxis allgemeine Anerkennung, namentlich auch von den angesehensten nachkarpzowischen Kriminalisten Brunemann [1]) und Ludovici [2]).

Nicht so befriedigend aber, als im gemeinen Rechte, war für das Bedürfniß der Rechtsmittel in den Partikularrechten Sorge getragen. Einige Territorial-Gesetzgebungen nämlich, welche nunmehr sammt und sonders das Inquisitionsverfahren als allein giltiges aufgenommen hatten, verwarfen nach der in der Doktrin herrschenden Ansicht die Appellation, ohne an deren Stelle irgend ein anderes Rechtsmittel zu setzen [3]). Der Grund hievon lag in wunderlichen Ansichten vom Inquisitionsprincipe, nach welchem man überall die Strafsachen so schnell wie möglich mit der Exekution der Strafe an den Verurtheilten beendigen und überhaupt das Recht der Persönlichkeit im Inquisiten so viel wie möglich mit Füßen treten zu müssen glaubte.

Indessen gab es doch Ausnahmen hievon, indem einige Gesetzgebungen, das Bedürfniß der Rechtsmittel anerkennend, wenn auch nicht die Appellation, so doch das remedium ulterioris defensionis aufnahmen [4]).

Wie überhaupt in der gesammten Kriminalrechtswissenschaft und in Folge davon in der Strafgesetzgebung, so beginnt nun auch in Bezug auf die Lehre von den Rechtsmitteln eine neue Epoche seit dem Ausgange des vorigen Jahrhunderts unter dem Einflusse der neueren Philosophie. Die geläuterten Ansichten von dem Wesen des Untersuchungsprincipes, wie von dem Strafproceßzwecke

---

1) Tractatus jurid. de inquisitionis process. Francof. 1697; cap. VIII. §. 12.

2) Einleitung zum peinlichen Processe. Halle 1707 Kap. 8 §. 12. Es ist nicht richtig, wenn Jordan in Weiske's Rechtslex. I. S. 412 behauptet, Ludovici habe die defensio zuerst förmlich als ein Rechtsmittel dargestellt. Als solches erscheint sie schon in Karpzow's Darstellung.

3) Vgl. Mittermaier „das deutsche Strafverf. §. 201 S. 462;“ Hulshoff l. c. pag. 90.

4) So z. B. schon in der Preuß. Krim.-Ordg. v. 1717 Tit. 10 §. 5 — 7. S. auch Quistorp a. a. O. Note o. Vgl. auch Hulshoff l. c. pag. 91.

brachten den Angeklagten überall in eine gegen früher unvergleichlich beſſere Lage. Einerſeits das Streben nach materieller Wahrheit, andererſeits eine höhere Achtung des Rechtes der Perſönlichkeit auch im Angeklagten konnten nicht verfehlen, hinſichtlich der Zulaſſung von Rechtsmitteln in Strafſachen eine günſtige Stimmung hervorzubringen. Dieſe Stimmung macht ſich denn auch alsbald ſowohl in der Doktrin, als in der Geſetzgebung geltend, was ſich namentlich auf die handgreiflichſte Weiſe darin zeigt, daß hier wie dort nicht nur die Zahl der Rechtsmittel in überſchwänglicher Art vervielfältigt wurde, ſondern auch ſogenannte nothwendige Urtheilsanfechtungen d. h. ohne Rückſicht auf den Willen des Angeklagten und von Amtswegen vorzunehmende Prüfungen der Kriminalurtheile durch höhere Gerichte, alſo Rechtsmittel mit Suspenſiv- und Devolutiveffekt, eingeführt werden.

Was vorerſt die Appellation betrifft, ſo wurde jene Theorie [1]) von ihrer Unverträglichkeit mit dem Inquiſitionsverfahren verworfen und das Rechtsmittel ſelbſt in ſeiner vollen römiſch-rechtlichen Bedeutung wieder aufgenommen. Sie hatte zwar vorher in der Darſtellung mancher Rechtsgelehrten [2]) Phaſen durchzumachen, in welcher ihre wahre Natur kaum wieder zu erkennen iſt, und was ihre Zuläßigkeit betrifft, ſo ſehen wir ſelbſt Grolmann [3]) noch im Zweifel hierüber, wiewohl derſelbe ſie ſchon in ihrem wahren Begriffe auffaßt und ſich ſchließlich auch für die Zuläßigkeit entſcheidet.

Seit Feuerbach aber, der an ihrer Zuläßigkeit keinen Zweifel mehr hegt, iſt ihre Exiſtenz ſowohl in der Theorie [4]) als auch in der Geſetzgebung geſichert [5]).

---

1) Ein Uebergang von der alten zur neuen Theorie iſt ſchon bei Quiſtorp, deſſen „Grundſätze ꝛc.“ zuerſt im Jahre 1770 erſchienen, bemerkbar. Vgl. auch Hulshoff l. c. pag. 92 ff.

2) z. B. Stübel Kriminalverf. §. 3316 ff. Littmann Strafrechtswiſſ. III. Thl. §. 905. Salchow Lehrb. des peinl. R. Halle 1823 §. 621.

3) Grundſ. der St. R. W. Gießen (1797) §. 825 §. 518.

4) S. z. B. (außer Feuerbach a. a. O.) Weber über die Appellation im Krim.-Sachen. Würzburg u. Bamb. 1805 §. 1 ff.; Baurittel „Bemerk. über die Berufung in Strafſachen ꝛc. Mannh. 1806 S. 1 ff. Martin „Lehrb. des Strafproceſſes. 3. Aufl. Heidelb. 1831 §. 156.

5) Der Leſer ſoll hier nicht mit Aufzählungen und Citaten geplagt werden. Hulshoff l. c. pag. 94 ff. führt Specielles an.

Neben der Appellation giebt es aber noch andere Rechtsmittel. Dahin gehören:

1) vor Allem das frühere Surrogat für die Appellation d. i. das remedium ulterioris defensionis;

2) die Nichtigkeitsbeschwerde, welche dem römischen und kanonischen Rechte unbekannt, indem hier im Falle von Nullität appellirt wurde, seit der oben angeführten Bestimmung der Reichskammer-Gerichtsordnung von 1555 Thl. II. Tit. 28 §. 5 fortwährend im gemeinrechtlichen Strafverfahren als selbständiges Rechtsmittel erscheint und auch partikularrechtlich Anerkennung gefunden hat; endlich

3) das außerordentliche Rechtsmittel der Revision oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (restitutio in integrum ex capite justitiae).

Eine Darstellung der letzten Phase der Lehre von den Rechtsmitteln in der gemeinrechtlichen Doktrin und in der Partikulargesetzgebung vor dem Jahre 1848 glauben wir aus mehreren Gründen unterlassen zu sollen. Für's Erste würde eine solche Darstellung überflüßig sein, indem sie nur Allbekanntes enthalten könnte. Sodann müßte sie, wenn sie nur einigermassen vollständig sein wollte, unverhältnißmäßig und ungebührlich viel Raum in Anspruch nehmen. Endlich hätte sie für den Zweck dieser Abhandlung doch keinen oder einen nur sehr untergeordneten Werth. Denn es wurde bekanntlich bei der neuesten gesetzlichen Reform des Strafproceßrechts in Deutschland auf das, was man vorfand, wenigstens in dieser Lehre keine Rücksicht genommen. Inwieferne aber vielleicht solche Rücksicht hätte genommen werden sollen, kann hier noch nicht besprochen werden.

4. Kapitel.

Das französische Recht.

§. 13.

Einleitung.

In der Lehre von den Rechtsmitteln folgten die französischen Gesetzgeber der Revolutionszeit, wie in der Gerichtsverfassung, nicht den Einrichtungen Englands, sondern großentheils den Einrichtun-

gen, die sie in Frankreich selbst vorfanden [1]), wozu sie ohne Zweifel durch die Mangelhaftigkeit der betreffenden englischen Institutionen gezwungen waren [2]). Man mußte zwar an den Rechtsmitteln des früheren Verfahrens, um sie dem neuen anzupassen, viele Veränderungen vornehmen, ja manche mußte man geradezu über Bord werfen; — allein es war eben doch nur der Weg der Reform, nicht der einer gänzlichen Verwerfung des früheren und einer völligen Neugestaltung, welcher hier von den bezeichneten Gesetzgebern, und zwar mitunter sehr kritiklos, eingeschlagen wurde. Es mag paradox klingen, wir müssen es aber dennoch behaupten, daß die Gesetzgebung der französischen Revolution auf diesem Gebiete nicht weit genug gieng, indem sie aus dem alten Rechte in das neue Einrichtungen herübernahm, die, wenn auch noch so sehr modificirt, in dieses nicht hineinpaßten [3]).

Um den Nachweis hievon liefern zu können, ist es nothwendig, einen wenn auch kurzen Rückblick auf das französische Recht vor der Revolution zu werfen. Wenn überhaupt die Berücksichtigung der französischen Rechtsgeschichte zum Verständnisse des heutigen französischen Strafverfahrens nothwendiger ist, als gemeiniglich angenommen zu werden scheint, so gilt dies ganz besonders bezüglich der Lehre von den Rechtsmitteln.

Unmittelbar vor der Revolution gab es im französischen Straf-Processe nicht weniger als 6 Rechtsmittel: appellation, defense, lettres de revision, requète civile en matières criminelle, demande en cassation und opposition, welche sämmtlich (mit Ausnahme der lettres de revision, die an die Stelle der früheren im Civil- und

---

1) S. M. Faustin Hélie „Traité de l'instruction crim. ou theorie du code d'instr. crim. I. vol. Paris 1845. §. 92 S. 678, §. 95 S. 690 II. vol. §. 96 S. 7.

2) S. unten.

3) Daß die Verfasser des Code d'instr. crim. nicht in allen Stücken glücklich waren, giebt selbst Hélie, der seine Vorzüge trefflich darzustellen weiß, zu, indem er §. 95 S. 694 bemerkt: „Le code d'instruction criminelle n'est qu'une transaction, quelquefois heureuse, entre les deux systèmes qui s'étaient succédé dans la legislation et qui divisaient les légistes.“

Kriminalproceſſe üblichen proposition d'erreur getreten waren) auch im Civilproceſſe [1]) als Rechtsmittel galten.

Die Appellation wird im Gegenſatze zu den übrigen Rechts-Mitteln das ordentliche genannt. Sie iſt zugleich das älteſte und darum längere Zeit hindurch einzige. Sie hat durchaus den Charakter der römiſch-kanoniſchen Appellation und es unterliegt keinem Zweifel, daß ihr Auftreten im franzöſiſchen Rechte mit der Reception des römiſch-kanoniſchen Inquiſitionsproceſſes in genaueſtem Zuſammenhange ſteht. Der Beweis hiefür liegt ſchon darin, daß ſie in der Geſtalt, in welcher ſie ſpäter, freilich mit einigen Modifikationen, gemeines für ganz Frankreich geltendes Recht wurde, zuerſt im Süden Frankreichs erſcheint, welcher bekanntlich dem römiſch-kanoniſchen Proceſſe viel früher in den weltlichen Gerichten Eingang geſtattete, als der Norden [2]).

Ehe ſie aber in jener römiſch-kanoniſch-rechtlichen Geſtalt gemeines franzöſiſches Recht wurde, hatte ſie nicht nur, namentlich im Norden, mit dem einheimiſchen Rechte einen langen hartnäckigen Kampf zu beſtehen, ſondern war auch genöthiget, während dieſes Kampfes, um zum Siege zu gelangen, mehrere Metamorphoſen durchzumachen, die im Allgemeinen als zum Theil wunderliche Verſchmelzungen romaniſcher und germaniſcher Rechtsſitte bezeichnet werden können [3]).

Dieſer Kampf bildet einen nicht unbedeutenden Beſtandtheil des großen Kampfes zwiſchen dem nach abſoluter Herrſchaft und Centraliſation ſtrebenden romaniſirenden franzöſiſchen Königthum und dem auf germaniſchrechtlicher Grundlage beruhenden mächtigen Feudalweſen. Denn gerade das Rechtsmittel der Appellation war es, deſſen

---

1) Vgl. L. Stein „Geſchichte des franz. Strafrechts und des Proceſſes.“ Baſel 1846 (III. Bd. von Warnkönigs und Stein's franz. St. u. R. Geſch.) S. 648 ff. — W. Schäffner „Geſch. der Rechtsverfaſſ. Frankreichs“ III. Bd. Frankf. a. M. 1850 S. 545 — 564. — Ueber die Rechtsmittel im Strafproceſſe dieſer Periode Stein a. a. O. S. 690 ff.; — Schäffner a. a. O. S. 621 ff.

2) Vgl. Biener Beiträge zu der Geſchichte des Inquiſ.-Proc. und der Geſchwornengerichte. Leipzig 1827 S. 193 ff. — Stein a. a. O. S. 574 ff. — Schäffner a. a. O. S. 595. Zu allem Ueberfluſſe hat Hulshoff l. c. pag. 104 ff. den Nachweis geliefert, daß es im älteren franzöſiſchen Rechte keine wahre Appellation gab.

3) Schäffner a. a. O. S. 547. ff.

ſich das königliche Beamtenthum und die königliche Geſetzgebung als eines ihrer wirkſamſten Mittel zur Unterjochung der grundherrlichen Gerichtsbarkeit unter die königliche bedienten, und nicht zum geringſten Theile war es dieſes Mittel, wodurch das Königthum endlich zu ſeinem Ziele gelangte. Es iſt nicht zu viel behauptet, wenn man ſagt, die Aenderung der alten Art der Urtheilsanfechtung, wie ſie noch in der Mitte des 13. Jahrhunderts in der lehensrechtlichen Sphäre des nördlichen Frankreichs Gewohnheit war, ſei eine Vorbedingung für den Sieg der königlichen Gerichtsbarkeit über die des Adels geweſen [1]).

§. 14.

Das faussement.

Dieſe Art der Urtheilsanfechtung war nämlich das germaniſche Urtheilſchelten. Derjenige, welcher mit einem Urtheile unzufrieden war, ſchalt daſſelbe gerade ſo, wie in dem altdeutſchen Gerichte. Die Scheltung hieß hier appel de faux jugement [2]); der Scheltende nannte das Urtheil „faus, malvès et déloial und knüpfte an dieſe Erklärung ſofort das Erbieten, dieſelbe mit ſeinem Leibe an dem des falſchen Urtheilers d. i. durch Zweikampf (gages de battaille) als wahr darthun zu wollen („je le voil prover de mon cors contre le sien"). Der Urtheiler, an welchen der appel d. i. die Aufforderung zum Zweikampfe gerichtet war, erwiderte hierauf: das Urtheil ſei bons et loyax und erklärte ſich zum Zweikampfe bereit, welcher alsdann an einem von dem Richter (dem seigneur) zu beſtimmenden Tage nach den Regeln des Kampfrechtes Statt fand.

Der altdeutſchen Schelte gegenüber erſcheint aber das franzöſiſche fausser inſoferne als ein Anderes, als es ein rein lehenrechtliches Inſtitut war und durch die lehenrechtlichen Verhältniſſe mancherlei

1) Vgl. Hélie a. a. O. §. 82 nr. 426; Schäffner a. a. O. S. 548.

2) Mit Recht ſcheidet Stein a. a. O. von dieſem apel den weſentlich verſchiedenen apel de def aute de droit, welcher nichts Anderes war, als eine querela denegatae vel protractae justitiae in feudalem Gewande. Beide apels haben aber das miteinander gemein, daß ſie, wie dies von dem apel de faux jug. gezeigt werden wird, als Hebel zur Unterjochung der adeligen unter die königliche Gerichtsbarkeit benützt wurden, und deßhalb unter dem Begriffe der cas de ressort zuſammengefaßt wurden. — Vgl. über das Folgende außer Stein, Hélie und Schäffner auch noch Hulshoff l. c. pag. 108 ff., und Montesquieu Esprit de lois XXVIII, 27 und 28.

Modifikationen erhalten hatte. Der appel de faux jug. ſtand nämlich nur dem Vaſallen in dem freien Pärsgerichte ſeines seigneur, dagegen keinem Unfreien in irgend einem Gerichte zu [1]). Das Verhältniß des ſcheltenden Vaſallen zu den Urtheilern, welche gleichfalls Vaſallen waren, war zwar auch hier das eines Gleichberechtigten. Allein der Umſtand, daß der seigneur der Vorſitzer des Gerichtes (der Gerichtsherr) war, brachte einen Unterſchied in den appel de f. j., der dem altdeutſchen Schelten fremd war. Es kam hier nämlich darauf an, ob der Vaſall ſofort nach dem Spruche Eines oder mehrerer Urtheiler das faussement erhob, oder damit wartete, bis alle Gerichtsbeiſitzer votirt und der seigneur nun das Urtheil als das Urtheil ſeines Gerichtes verkündiget hatte. Erſteren Falles hatte der appel durchaus denſelben Charakter, wie die altdeutſche Scheltung. Verlor hier der juge apelé im Zweikampf, ſo war ſein Urtheil vernichtet, er bezahlte dem seigneur Buße (amende) und verlor das Recht, im Gerichte zu ſitzen. Unterlag dagegen die Parthei, ſo bezahlte ſie an den seigneur und alle juges apelés Buße und war ſachfällig [2]).

Hatte aber der seigneur bereits das Urtheil ſeines Gerichtes verkündiget, ſo hatte der appel, welcher nunmehr direkt an den seigneur ſelbſt gerichtet war, die Bedeutung einer Anklage gegen dieſen wegen Verletzung ſeiner Lehenspflicht. Dieſe Klage gieng an den nächſten Oberlehensherren (suzerain) und beſchränkte ſich nicht bloß auf Scheltung des im vorliegenden Proceſſe geſprochenen Urtheiles, ſondern war eine förmliche Aufkündigung des ganzen Vaſallendienſtes. Auch verlor hier der im Zweikampfe unterliegende seigneur

1) Vgl. Hulshoff l. c. pag. 110. Eine andere Beſchränkung beſtand darin, daß der appel keinem zum Tode Verurtheilten zuſtand, indem man annahm, daß ein ſolcher immer zum Kampfe bereit ſein werde, pour sauver ou alongier sa vie. Beaumanoir Cout de Beauv. chap. LXI. 62. Hélie a. a. O. §. 65 pag. 341. Hieraus wollte Biener Abhandl. II. Hft. S. 168 die Unſtatthaftigkeit der Urtheilsanfechtung (er ſpricht zwar von der „Appellation, meint aber den appel de faux jug.) in Kriminalſachen ebenſo für das franzöſiſche Recht ableiten, wie für das deutſche aus Sachſenſpiegel II. art. 12 §. 15. Hieran iſt nur ſo viel richtig, daß der appel de f. j. in Kriminalſachen ſehr beſchränkt war, aber auch nur ſo lange der appel den Zweikampf zur Folge hatte.

2) Vgl. Stein a. a. O. S. 240 ff.; Schäffner a. a. O. S. 546; Hélie a. a. O. §. 60; Hulshoff l. c. pag. 109.

seine Lehnshoheit über den scheltenden Vasallen, indem dieselbe an den seigneur suzerain übergieng, während der unterliegende Vasall aller Lehen, welche er von dem beleidigten Lehensherren hatte, verlustig wurde [1]).

Auch der appel d. f. j. konnte sich, wie die Scheltung, nur auf Rechtsfragen beziehen, indem auch hier das Urtheil in bloßem Rechtweisen bestand, sei es nun, daß dasselbe ein Endurtheil oder ein interlokutorisches war. Denn der altfranzösische Proceß, wie er sich noch im 13. Jahrhundert als Proceß der Lehensgerichte darstellt, trug denselben formalistischen Charakter, wie der altdeutsche, in Folge dessen auch hier die Beweis- oder Thatfragen nichts Anderes, als Rechtsfragen waren [2]). Aus diesem Grunde kann auch Stein nicht beigestimmt werden, wenn derselbe behauptet [3]), das Urtheil des altfranzösischen Lehensgerichts-Processes sei „nicht immer seinem Wesen gleich gewesen" und man müsse hier zwei Arten des Urtheiles scheiden, je nachdem facta bestritten gewesen und es sich nur um den Ausspruch darüber gehandelt, ob der Beweis der bestrittenen facta als geliefert anzusehen, — oder nur das Recht, nicht die Thatsachen streitig gewesen seien. Es mag hier wohl ein Unterschied in der Form des Urtheils Statt gefunden haben, keineswegs aber im Wesen desselben; denn es war hier wie dort ein Rechtsurtheil, eine Entscheidung über eine Rechtsfrage und zwar über eine streitige, indem sonst überall gar kein Urtheil gesprochen wurde.

Wenn sodann Stein behauptet [4]), daß durch den Zweikampf jedes gerichtliche Urtheil überflüssig geworden sei, so ist auch dies nicht ganz richtig, indem der seigneur, wie ja Stein selbst bemerkt, in diesem Falle die Erklärung abzugeben hatte, daß die eine Partei überwunden sei. Diese Erklärung war ein Urtheil, wie jedes andere.

§. 15.

Die demande en amendement du jugement.

Es war nun aber hauptsächlich jener zweite Fall der Ur-

1) Vgl. Stein a. a. O. S. 242 ff.; Schäffner a. a. O. S. 546. Diese Bedeutung hatte der Grundsatz in den Etabliss. de St. Louis II, 15: „Appel contient félonie et iniquité." —

2) Vgl. über die Prinzipien des altfranz. Processes Stein a. a. O. S. 213 ff.

3) a. a. O. S. 234.

4) a. a. O. S. 235.

theilsſcheltung, nämlich der Scheltung, nachdem der seigneur das Urtheil ſeines Gerichtes verkündet hatte, — welcher dem Königthume im Kampfe mit der grundherrlichen Gerichtsbarkeit einen vortheilhaften Angriffspunkt gewährte [1]). Die königlichen Gerichte (baillages, sénéchaussées, prévotés und Parlamente) richteten auch wirklich ihre Angriffe auf dieſen Punkt, indem ſie ſo viel wie möglich die apels d. f. j. gegen die seigneurs, und ſodann deren Gerichtsbarkeit über die klagenden Vaſallen wegen faux jugement an ſich zogen. Um aber dieſes wirkſamer zu machen, war es offenbar nothwendig, den Zweikampf als Folge der Urtheilsſcheltung abzuſchaffen, was denn auch ſchon im 13. Jahrhundert geſchah. Man ſetzte an ſeine Stelle eine förmliche enquête d. h. der judex ad quem ließ nun nicht mehr den Schelter und den Vertheidiger des Urtheils mit einander kämpfen, ſondern gab nach einer vorgängigen kontradiktoriſchen Verhandlung ſeine Entſcheidung über die Giltigkeit des Urtheils [2]).

Hiedurch wurde aber von Seite der königlichen Gerichtsbarkeit gegenüber der des Adels noch Zweierlei gewonnen.

Für's Erſte konnten ſich nun die königlichen Gerichte auch jener Fälle der Urtheilsſcheltung leichter bemächtigen, in welchen nur der Spruch einzelner Urtheiler geſcholten wurde, weil ſich die ritterlichen Schöffen in der Regel wohl nicht mit der neuen ſchwierigeren Urtheilsfindung befreunden wollten oder konnten. Es war nämlich offenbar viel leichter, die Richtigkeit eines geſcholtenen Urtheils nach dem Reſultate eines Zweikampfes, als nach dem Reſultate einer nach neuen zum Theil ſubtilen Regeln zu pflegenden kontradiktoriſchen Verhandlung zu bemeſſen [3]). Daher konnte wohl auch Ludwig der Heilige auf Erfolg rechnen, wenn er in einer Ordonanz vom Jahre 1260 geradezu verordnete, daß ſeine Gerichte zur Prüfung der Beſchwerden gegen die Urtheile ausſchließlich kompetent ſein ſollten [4]).

Für's Zweite war hiemit auch das Haupthinderniß der Scheltung von Seite eines zum Zweikampfe nicht berechtigten Unfreien beſeitiget.

---

1) Vgl. auch Hulshoff l. c. pag. 113 ff.
2) Hélie a. a. O. §. 82 S. 559 ff. Vgl. auch Hulshoff l. c. pag. 115 ff.
3) Hélie a. a. O. §. 82 S. 560.
4) Hélie a. a. O. §. 82 S. 561 ff

Ungeachtet aller dieſer Neuerungen blieb aber die Urtheilsſchel-tung für den Schelter noch immer eine gefährliche Sache; die Be-ſchwerde bei dem königlichen Gerichte war immer ein Angriff auf das ganze Lehenrecht des seigneur, deſſen Mißlingen für den Betheiligten die ſchlimmſten Folgen nach ſich zog.

Wollte daher die königliche Gewalt dem Beſchwerdeweſen eine größere Ausdehnung verſchaffen, ſo mußte ſie der Beſchwerde den injuriöſen, feloniöſen Charakter benehmen. Auch dies geſchah ſchon von Ludwig dem Heiligen, indem derſelbe das einfache und unver-fängliche demander amendement du jugement einführte, welches in der That im Vergleiche zu dem früheren appel d. f. j. als ein neues Rechtsmittel erſcheint. Die demande en amendement du jugement konnte gegen jedes Urtheil einer cour seigneurale bei der cour du roi in der Form einer Supplikation eingereicht werden [1]). Vermöge ihrer Bequemlichkeit und Gefahrloſigkeit war ſie natürlich viel einladender, als der alte gefahrvolle appel.

Demnach war es eigentlich nicht das Inquiſitionsprinzip, wodurch das alte Appelverfahren ſeinen Untergang fand; ſondern die immer mehr erſtarkende königliche Gewalt und ihr Beamtenthum. Dies zeigt ſich auch darin, daß der Zweikampf zwiſchen den Parteien (als Beweis-mittel) ſich noch ſehr lange erhielt, nachdem er als Folge der Urtheils-ſcheltung (als Rechtsmittel, wie Schäffner [2]) will) abgeſchafft war, ſowie auch darin, daß, wie ſogleich gezeigt werden ſoll, das neue Appellationsrecht nicht diejenige Beſchränkung erfuhr, welche bei einer ſtreng konſequenten Durchführung des Inquiſitionsprincipes hätte hergeſtellt werden müſſen. Es läßt ſich überhaupt das Verhältniß der Ausbildung des Appellationsrechtes zu der Entwickelung des in-quiſitoriſchen Verfahrens nur als ein ſehr loſes und mittelbares be-zeichnen; ſie ſtehen in der franzöſiſchen Rechtsgeſchichte nur inſoferne in Zuſammenhang, als ſie ſich beide an das Wachsthum der königlichen Macht anlehnen.

Wenn ſich nun aber auch das Appellationsrecht nicht dem In-quiſitionsprinzipe entſprechend geſtaltete, ſo giengen an demſelben doch andere wichtige Veränderungen vor ſich.

---

1) Hélie a. a. O. §. 82 S. 562.
2) a. a. O. S. 547.

§. 16.

Entwickelung der Appellation im 14. und 15. Jahrhundert.

Dieſe Veränderungen erfolgten jedoch nur ſehr allmälig und unter beſtändigem Kampfe mit dem alten Gewohnheitsrechte, wie es ſich in den nördlichen Provinzen Frankreichs erhalten hatte. Sie bilden ein merkwürdiges Beiſpiel, wie ſich fremdes und einheimiſches, neues und altes Recht anfangs miteinander verſchmelzen, bis erſteres das überwiegende wird. Die Zeit dieſes Ueberganges vom Alten zum Neuen iſt das 14. und 15. Jahrhundert. Wie ſich die Appellation in dieſem Zeitraume durch Geſetzgebung und Praxis ausbildete, ſo blieb ſie im Weſentlichen unverändert bis zur Revolution [1]).

Wie raſch und wie bald die königliche Jurisdiktion zu ihrem Siege gelangt war, ergiebt ſich z. B. aus einer Ordonanz König Philipp V. vom Jahre 1319, worin die ausſchließliche Kompetenz der königlichen Gerichte in allen Appellationsſachen als allgemein anerkanntes Recht erſcheint; ja es ergibt ſich aus einigen arrêts, welche ſchon vor der Ordonanz Ludwig IX. vom Jahre 1260 erlaſſen waren, daß die königlichen Gerichte der Geſetzgebung in der fraglichen Beziehung ſogar vorauszueilen wußten [2]).

Die königlichen Gerichte, insbeſondere das Parlament zu Paris, bildeten denn auch den Mittelpunkt und Hauptfaktor für die folgende Entwicklung der Lehre von den Rechtsmitteln. Die Geſetzgebung verhielt ſich in dieſem Punkte der Praxis gegenüber hauptſächlich nur beſtättigend und nachhelfend, wo es nöthig ſchien; wo ſie aber der Praxis entgegentrat, da konnte ſie hie und da nicht einmal durchdringen [3]). Ohne uns nun in eine detaillirte Darſtellung der bezeichneten Rechtsentwickelung einzulaſſen, führen wir hievon nur Folgendes an: Durch die Unterjochung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit und die Veränderungen in der Gerichtsverfaſſung allein wäre an der inneren Natur des Strafurtheiles und ſomit der Urtheilsanfechtung noch keine Veränderung herbeigeführt worden; ja ſogar die Abſchaffung des Zweikampfes als Folge der Urtheilsanfechtung und deſſen Erſetzung durch eine juriſtiſche Urtheilsreviſion konnten eine weſentliche Modifikation nicht bewirken.

1) Schäffner a. a. O. S. 549 ff. und 621.
2) Vgl. Hélie a. a. O. §. 82 S. 562.
3) Ein merkwürdiges Beiſpiel ſ. unten S. 58.

Solange das Duell als Beweismittel in Giltigkeit und das Beweisrecht ein formaliſtiſches blieb, mit anderen Worten, ſolange der Strafproceß unter der Herrſchaft der Verhandlungsmaxime ſtand und von dem Civilproceſſe nicht weſentlich verſchieden war, — konnte das Urtheil auch nichts Anderes, als ein bloß formaliſtiſches Rechtweiſen ſein und konnte die Urtheilsanfechtung ſich überall nur auf pure Rechtsfragen beziehen.

Die Natur des Urtheiles hängt überall von der Beſchaffenheit des Beweisrechtes und dieſe hinwiederum von dem das Verfahren beherrſchenden Prinzipe ab. Mit der Herrſchaft des Unterſuchungsprinzipes hört überall der Formalismus des Beweisrechtes auf, indem jenes Prinzip in nichts Anderem beſteht, als in dem Streben nach materieller Wahrheit [1]). Wird aber der Formalismus des Beweisrechtes gebrochen, tritt das Gericht aus ſeiner Indifferenz gegen die materielle Wahrheit heraus und nimmt dem konkreten Thatbeſtande gegenüber eine ſelbſtthätige, ſpontan unterſuchende und forſchende Stellung ein, — dann erfährt jener Beſtandtheil des Straferkenntniſſes, welcher ſich auf die Thatfrage bezieht, eine weſentliche, ſeine ganze Natur betreffende Veränderung. Die Entſcheidung der Thatfrage iſt dann nicht mehr gebunden an ein für alle Fälle im Voraus beſtimmtes Beweisquale und Beweisquantum, ſondern ſie ſtützt ſich auf die freie Ueberzeugung, welche der Richter, es ſei nun aus Akten oder aus unmittelbarer Beobachtung des Beweisverfahrens, im konkreten Falle gewonnen hat. Das Urtheil über die Thatfrage hat dann ſeine Rechtfertigung nicht mehr bloß in allgemeinen Rechtsregeln, ſondern in den konkreten Thatſachen ſelbſt zu ſuchen.

Mit dem Verſchwinden jener allgemeinen Rechtsregeln geht aber zugleich das Maaß verloren, nach welchem die Geſetzlichkeit jenes Urtheils von einem andern Richter bemeſſen werden kann. Der zweite Richter kann zwar von nun an dieſes Urtheil immer noch tadelhaft finden, aber daſſelbe nicht mehr für ungeſetzlich oder regelwidrig erklären, weil es eben keine Beweisgeſetze oder Beweisregeln mehr gibt, durch welche der erſte Richter bei der Entſcheidung der Thatfrage gebunden wäre. Dem neuen Beweis- und Urtheils-

1) S. oben Vorwort und unten §. 23.

Prinzipe gemäß ſollte daher auch von nun an jede Anfechtung des Urtheils, die ſich auf den bezeichneten Beſtandtheil deſſelben beziehen wollte, ausgeſchloſſen ſein [1]).

Dieſe Konſequenz ſcheint jedoch in der Geſchichte des franzöſiſchen Strafverfahrens ebenſowenig realiſirt worden zu ſein, wie in der des deutſchen. Denn die Geſchichtsforſchung berichtet zwar nicht ausdrücklich, daß eine ſolche Urtheilsanfechtung zugelaſſen worden ſei; ſie berichtet aber auch nicht, daß dieſelbe von nun an ausgeſchloſſen geweſen ſei, und eben aus dieſem Schweigen dürfte wohl vorliegenden Falles mit mehr Sicherheit auf die Beibehaltung, als Abſchaffung jener Art von Urtheilsanfechtung zu ſchließen ſein.

Nachdem in Frankreich der Inquiſitionsproceß über den Anklageproceß den Sieg errungen, und nachdem jener ſelbſt bis zur größten Einſeitigkeit in dem procès extraordinaire (oder Aprisverfahren) getrieben war, ſcheint man immer noch eine Anfechtung der Entſcheidung der Thatfrage durch das Rechtsmittel der Appellation zugelaſſen zu haben. Wollen wir dieſe Erſcheinung erklären, ſo kann dies nicht wohl anders geſchehen, als durch die allmälige Herausbildung der neuen Appellation aus dem alten Appelverfahren und durch die allmälige Entwickelung der inquiſitoriſchen Einrichtung des Strafverfahrens. Bei dieſer Allmäligkeit und Syſtemloſigkeit der Rechtsentwickelung dachte man nicht daran, zu fragen, ob dieſe oder jene Einzelnheit des alten Rechtes auch für das neue paſſe; ja es müßte hier mehr auffallen, wenn man auf die fraglichen Erwägungen gekommen wäre, als es auffallen kann, daß man nicht darauf gekommen. Das Obergericht glaubte eben, es könne nicht anders ſein, als daß es ebenſo alle Beſchwerden der Parteien anhöre und berückſichtige, wie dies auch früher, als die Entſcheidung der Thatfrage noch formaliſtiſch war, geſchehen. Man ſollte freilich meinen, dem Obergerichte habe der Mangel des Maaßſtabes, nach dem man früher die Rechtmäßigkeit ſolcher Entſcheidungen geprüft, fühlbar werden müſſen. Ob dies wirklich der Fall geweſen oder nicht, möchte ſchwer zu beantworten ſein. Wie dem aber auch war, die königlichen Gerichtshöfe, insbeſondere die Parlamente, nahmen ohne Zweifel die Anfechtungen der Thatfrage-Entſcheidun-

1) S. unten §. 30 und 31.

gen an und änderten sie nach Umständen. Ein äußerer politischer Grund hiefür dürfte in dem mehrerwähnten Umstande zu suchen sein, daß das Appelliren als Mittel zur Erweiterung und Befestigung der königlichen Gerichtsbarkeit gebraucht wurde, und daß daher jede Beschränkung der Appellation gegen das Interesse des Königthums gewesen wäre.

Die baillages, senechausées, prevotées und die Parlamente nahmen auch wirklich von der Mitte des 13. bis zur Mitte des 15. Jahrhunderts alle nur möglichen Beschwerden gegen die grundherrlichen Untergerichte in der Form und unter dem Namen von Appellation an.

Man konnte hier nicht nur gegen jedes Endurtheil, sondern auch gegen jedes Interlokut, gegen jede irgend erhebliche Verfügung des Richters während des ganzen Processes so oft man wollte appelliren, und bei jeder Appellation mußten nicht nur die Processakten, sondern auch der Angeklagte selbst, wenn er verhaftet war, vom judex a quo an den oft in weiter Entfernung residirenden judex ad quem überschickt werden.

§. 17.

Fortsetzung: bis zur Ordonnance criminelle vom Jahre 1670.

Wird nun hiedurch einerseits die Thatsache der Unterjochung der adeligen Jurisdiktion unter die königliche leicht begreiflich, so konnte es aber andererseits nicht ausbleiben, daß die Appellationen zuletzt auf eine für die Appellationsrichter nicht mehr zu bewältigende Weise zunahmen, und daß die königliche Macht endlich selbst darauf Bedacht nehmen mußte, sich vor ihrer eigenen Schöpfung zu wahren. Seit der Mitte des 15. Jahrhunderts besteht denn auch die Geschichte der Appellation in deren fortwährend wachsender Beschränkung und bedürfnißgemäßen Regelung.

Das dringendste Bedürfniß war die Beschränkung des Suspensiveffektes der Appellationen gegen Interlokute. Diese Beschränkung erfolgte durch die Ordonnanzen von 1453 und 1493; ja durch die Ordonnanz vom März 1498 wurde sogar ausgesprochen, daß fortan gar keine Appellation vor dem Endurtheile den Suspensiveffekt haben solle

Ein anderes Bedürfniß war die Regelung der Kompetenz-

Verhältniſſe bezüglich der Appellationen; die Geſetzgebung war hier insbeſondere bemüht, die Geſchäftslaſt der Parlamente [1]) zu vermindern. Allein merkwürdig genug fand ſie gerade hierin in den Parlamenten ſelbſt den entſchiedenſten Widerſtand. Franz I. verordnete nämlich in der Ordonnanz vom 20. November 1541, daß bei dem Parlamente nur ſolche Appellationen anzubringen ſeien, welche gegen ein Erkenntniß auf Tortur oder andere afflictions de corps (mort civile ou naturelle, fustigation, mutilation de membres, bannissement perpetuel ou à temps, condamnations à oeuvres ou services publics, amende honorable à justice) gerichtet wären, — alle übrigen interlokutoriſchen wie Definitiv-Appellationen dagegen bei den Untergerichten angebracht und entſchieden werden ſollten (se relèveront et seront jugées et decidées par devant nos juges ordinaires ou leurs lieutenans).

Indem nun das Parlament dieſe Ordonnanz einregiſtrirte, fügte es die Worte bei: Et néanmoins dit et ordonne icelle cour qu'il sera en l'option et election des pauvres prisonniers appellant de l'emprisonnement et longue detention de leurs personnes, ou du refus et deny de droict, d'appeler nuement en la dite cours des torts et griefs prétendus à eux faits par les dits juges.

Das Parlament war und blieb auch in der That das Appellationsgericht für die meiſten und für alle ſchwereren Fälle; an die baillages und sénéchaussées gieng die Berufung nur in geringeren Fällen; ſie waren in Strafſachen allmälig zu Gerichten der I. Inſtanz für die ſchwereren Fälle geworden [2]).

Was ſodann das Verfahren bei der neuen Appellation betrifft, ſo offenbart ſich hier auf's Unzweideutigſte der Ausgangspunkt, den die fragliche Rechtsentwickelung in Frankreich genommen, nämlich der Ausgangspunkt von dem alten appel de faux jugement. Wie bei dieſem der Gerichtsherr oder die Urtheilsfinder für ihr Urtheil gegen den Appellanten ſich dem Zweikampfe unterzogen, ſo blieb auch noch lange Zeit, nachdem der Zweikampf abgeſchafft war, das Appellationsverfahren ein Streit, welcher lediglich den Appel-

1) Es wurden ſchon im 15. Jahrhundert in den Provinzen Parlamente nach dem Muſter der Pariſer hergeſtellt. S. Hélie a. a. O. §. 73 S. 457

2) Vgl. Hélie a. a. O. § 82 S. 569. Vgl. über dieſe Kompetenzverhältniſſe Hulshoff l. c. pag. 121 ff.

lanten und den Gerichtsherren resp. die Urtheilsfinder betraf und nur zwiſchen dieſen ausgefochten werden konnte [1]). Die Gegenpartei im vorgängigen Verfahren z. B. der Ankläger hatte, wie früher, in dem Appellationsproceſſe gar nichts zu thuen. Der Appellant mußte nicht dieſe, ſondern das Gericht, welches geurtheilt oder Juſtiz verweigert hatte, vor den judex ad quem vorladen (adjornari facere, ajourner), und dieſes war verpflichtet, ſein Urtheil oder ſein deni de justice zu verantworten. Unterlag der Richter, ſo wurde er zu einer Buße verurtheilt, unterlag der Appellant, ſo hatte er außer der Buße auch noch Schadenerſatz an den juge appelé zu leiſten [2]).

Dieſer Zuſtand zeigt ſich noch in ſeiner ganzen Eigenthümlichkeit in den Ordonnanzen vom Dezember 1344, vom 30. März 1350, vom Auguſt 1352 und Dezember 1354. Ja Philipp VI. beſchäftiget ſich in der erſtgenannten Ordonnanz vom Dezember 1344 in art. 5 noch mit der Frage, ob der Appellant außer den Urtheilsfindern auch die Gerichtsherren (parem, ducem, baronem vel dominum) vor den judex ad quem vorzuladen habe, oder ob es genüge, die erſteren vorzuladen, welch letzteres er als Geſetz ausſpricht [3]).

Daß dieſes fortwährende Hin- und Herreiſen der Richter bei zunehmendem Geſchäftsdrange nicht weiter beſtehen konnte, leuchtet wohl von ſelbſt ein. Man nahm daher zunächſt ſeine Zuflucht dazu, daß man die baillis nach den einzelnen Provinzen wahrſcheinlich zu beſtimmter Jahreszeit (daher die Bezeichnung „Les jours de chaque bailliage") vor's Parlament citirte und ſie hier über die Motive ihrer angefochtenen Entſcheidungen Rechenſchaft geben ließ. Die nächſte Reform beſtand ſodann darin, daß man zu dem juge appelé auch die partie appelée vor den judex ad quem vorlud (ajourner oder intimer [4]). Bei Bouteiller [5]) endlich zeigt ſich in einem

1) In ähnlicher Weiſe bildet die Rechtsregel, daß den Privatankläger, der im Proceſſe unterlag, dieſelbe Strafe (talion) traf, welche den unterlegenen Angeklagten getroffen haben würde, einen Nachklang des abgeſchafften Zweikampfes zwiſchen den Parteien.

2) Vgl. Hélie a. a. O. § 82 S. 572 Erſt ſpäter nahm dieſe Buße den Charakter einer Succumbenzſtrafe an.

3) Hélie a. a. O. §. 82 S. 571.

4) Hélie a. a. O. §. 82 S. 572.

5) Bouteillier „Somme rural" pars I. tit. 3. Bouteillier, geb.

weiteren Fortſchritte die letzte Spur des Zuſammenhanges der neuen Appellation mit dem alten appel de faux jugement. Bouteiller bemerkt nämlich: Il faut adjourner le juge et intimer partie appelée, si c'est en pays coustumier; et si c'est en pays de droit escrit, il conviendrait adjourner la partie appelée et intimer le juge.

Wenn hier unter dem adjourner eine direkte Vorladung unter beſtimmtem Präjudize und unter dem intimer etwa eine bloße Adcitation oder Notifikation zu verſtehen ſein dürfte, ſo erſcheint hier und zwar in dem pays de droit escrit das Appellationsverfahren ſchon nicht mehr als ein Streit zwiſchen dem judex a quo und dem Appellanten, ſondern zwiſchen den Parteien oder zwiſchen dem Appellanten und dem procureur general.

Es blieb nun nichts mehr übrig, als daß auch noch die in der Folge wahrſcheinlich ohnehin zur bedeutungsloſen leeren Formalität herabgeſunkene Intimation des judex a quo wegfiel, ſo war die Entwickelung der neuen Appellation vollendet[1]). Dies ſetzte jedoch eine weit vorgeſchrittene Ausbildung der Schriftlichkeit des Verfahrens voraus, indem nun die Proceßakten den erſten Richter vertreten mußten.

Ebenſo ſcheint ſich wohl von ſelbſt zu verſtehen, daß wenn die Appellationsrichter ſich auf die Entſcheidung der Thatfrage einlaſſen wollten, ſie ſich durch die Unzulänglichkeit der Akten zur wiederholten wenigſtens theilweiſen Abhör des Angeklagten und der Zeugen ꝛc. genöthiget ſahen, — ſo daß wahrſcheinlich nicht ſelten in der zweiten Inſtanz das Proceßdrama der erſten Inſtanz zum großen Theile wiederholt aufgeführt wurde[2]). Denn die Entbehrlichkeit ſolcher Wiederholungen ſetzt, wie wir unten[3]) ſehen werden, außer einer vollſtändigen und genau redigirten Aufzeichnung des Urtheilsinhaltes auch noch die Herrſchaft einer poſitiven bindenden Beweistheorie

---

in der Mitte des 14. Jahrhunderts vollendete ſein Werk nach dem Jahre 1417. Vgl Schäffner a. a. O. S. 68.

1) Hélie a. a. O. §. 82 S. 573.

2) Vgl Hélie a. a. O. §. 82 S. 573. Schäffner a. a. O. S. 550 ff. 622.

3) Wir werden aber ſehen, daß ſolche Wiederholungen auch nicht zureichend ſind.

voraus, welche im 16. Jahrhundert jedenfalls noch nicht vorhanden war [1]).

§. 18.

Von der Ordonnance criminelle bis zur Revolutionszeit.

Die wichtigsten Gesetze endlich wie für den ganzen Kriminal-Proceß, so auch für das Recht der Appellation und die ganze Lehre von den Rechtsmitteln, wie sie der Hauptsache nach bis zur Revolution in Geltung war, sind die Ordonnanz von Villers-Cotterets vom Jahre 1539 und die Ordonnance criminelle Ludwig XIV. vom Jahre 1670 [2]), welch letztere bis zur Revolution in gesetzlicher Geltung blieb. Wenn wir in dem Folgenden eine kurze Skizze der Lehre von den Rechtsmitteln seit der Ordonnance criminelle beifügen, so glauben wir, um das etwaige Staunen über die große Zahl und Mannigfaltigkeit der Rechtsmittel von vorneherein zu dämpfen, daran erinnern zu müssen, daß diese Rechtsmittel den procès extraordinaire zur Folie haben und demnach in der Regel wohl die wichtigste, ja oft einzige Schutzwehr der Unschuld gegen die Tyrannei und Willkühr der Untergerichte bildeten [3]).

Das ordentliche Rechtsmittel in Kriminalsachen des französischen vorrevolutionären Rechtes war, wie schon bemerkt wurde, die Appellation [4]). Sie war sowohl gegen Interlokute wie gegen Endurtheile zuläßig, hatte aber nur letzteren Falles Suspensivkraft. Ausgenommen waren hievon nur die sog. cas prévôtaux [5]) und die Urtheile, welche auf eine Geldstrafe gingen. In jenen war die Appellation ganz ausgeschlossen, bei diesen hatte sie keine Suspensivwirkung. Sie stand sowohl dem Angeklagten, als der partie publique, als auch der partie civile zu, der partie publique jedoch nur in dem Falle, wenn die vom Gerichte ausgesprochene Strafe milder war, als der procureur du

1) Vgl. Schäffner a. a. O. S. 617.

2) Vgl. Biener Beitr. S. 206. Stein a. a. O. S. 664. Schäffner a. a. O. S. 604.

3) Ueber den procès extraordinaire vgl. die Darstellungen von Stein a. a. O. S. 670 ff. Hélie a. a. O. §§. 88—91. Schäffner a. a. O. S. 606 ff.

4) Vgl. Stein a. a. O. S. 690 ff. Hélie a. a. O. §. 90 S. 663. Schäffner S. 621.

5) Ord. crim. v. 1670 tit. I. art. 12. Hulshoff l. c. pag. 127. Die cas. prevot. wurden aber später reducirt s. Hulshoff l. c. pag. 130, 131.

roi in ſeinen conclusions beantragt hatte (appel a minima sc. poena). Dieſer appel a minima konnte von dem Obergerichte, falls nur die partie civile appellirt hatte, ſupplirt werden, ohne daß eine vorgängige Benachrichtigung an das ministère public nöthig geweſen wäre.

Den Devolutiveffekt hatte die Appellation in jedem Falle. Lautete das Urtheil oder der Strafantrag auf peine afflictive, ſo hatte ſich der Appellant unmittelbar mit Uebergehung etwaiger Zwiſchen-Inſtanzen (omisso medio) an das zuſtändige Parlament (cour souveraine) zu wenden [1]). Für dieſe Fälle, ſowie für die Fälle einer peine infamante verordnete die Ord. crim., auch ohne Appellation des Verurtheilten [2]) die Akten ſammt dieſem ſelbſt ſtets an die kompetente cour souveraine zu ſenden (appellatio necessaria), welche alsdann, ehe ſie ihre Entſcheidung gab, dieſen noch einmal verhörte. In allen übrigen Fällen gieng die Appellation elektiv an das Parlament oder an die baillifs und sénéchaux.

Das Verfahren in der zweiten Inſtanz war dasſelbe, wie in der erſten [3]). Die Vollſtreckung des oberrichterlichen Urtheiles geſchah bald bei dem Obergerichte ſelbſt, bald wurde ſie, namentlich im Falle der Beſtättigung des erſtrichterlichen Urtheiles, dem Untergerichte aufgetragen [4]).

An die Appellation ſchließt ſich zunächſt das Rechtsmittel der defenses [5]) an. Die defenses ſind genau betrachtet gar nichts Anderes, als Appellation gegen Interlokute mit dem Zwecke des Suspenſiveffektes oder der sursèance, welche, wie oben bemerkt wurde, der eigentlichen Appellation in dieſen Fällen geſetzlich nicht verliehen war. Die defenses giengen in den ſchwereren Straffachen (peines afflictives) an die cour souveraine, in geringeren konnten ſie auch bei dem Untergerichte ſelbſt angebracht werden. Der Entſcheidung

1) Stein a. a. O. S. 690.

2) Hulshoff l. c. pag. 128.

3) Das Obergericht ließ ſich auch auf die Thatfrage ein, prüfte den Beweis und nahm nach Umſtänden neue Beweiserhebungen vor, — geradeſo wie noch heutzutage in Frankreich und nach faſt allen neueren deutſchen Strafproceß-Ordnungen. Wir möchten es beſonders hervorgehoben haben, daß die Geſetzgebung der Revolution hier aus dem früheren franzöſiſchen Rechte ſchöpfte.

4) S. Stein a. a. O. S. 691. Schäffner a. a. O. S. 622.

5) Stein a. a. O. S. 691.

mußte aber immer die Anhörung der Staatsbehörde und eine genaue Unterſuchung der Sache vorausgehen. Da die Praxis ſpäter ſolchen Zwiſchenappellationen den Suspenſiveffekt bei peines afflictives gänzlich verſagte, ſo kamen die defenses nur noch ausnahmsweiſe im Falle einer peine pécuniaire vor.

Die übrigen (außerordentlichen) Rechtsmittel [1]) ſind die lettres de revision, die requête civile en matières criminelles, die demande en cassation und die opposition.

Die beiden erſtgenannten Rechtsmittel unterſcheiden ſich von einander in nichts Anderem, als darin, daß über jene requêtes von demſelben Gerichte entſchieden wurde, welches das angefochtene Urtheil geſprochen, während bei dem Rechtsmittel der Reviſion die Sache an das Conseil du Roi gieng. Was die Gründe betrifft, aus welchen dieſe beiden Rechtsmittel ergriffen werden konnten, ſo ſcheint gar keine Beſchränkung Statt gefunden zu haben; denn Jousse bemerkt, es ſeien zur Begründung der Reviſion „toute sortes de moyens de mal-jugé“ tauglich; daſſelbe ſei „fondé sur l'équité naturelle qui veut qu'il y ait toujours une resource en faveur de l'innocent.“ Beide konnten auch auf nova (neue Thatſachen oder Beweismittel) geſtützt werden. Sie ſtanden aber nur dem Angeklagten zu. Das Uebrige hat für uns kein beſonderes Intereſſe.

Was ſodann die demande en cassation betrifft, ſo konnte dieſelbe, wie noch die heutige Nichtigkeitsbeſchwerde lediglich auf Fehler in der Rechtsanwendung (juriſtiſche Fehler), gegründet werden; gegen die Entſcheidung der Thatfrage war die Kaſſation nicht zuläßig. Sie gieng an das Conseil du Roi, konnte aber nur dann gebraucht werden, wenn es kein anderes Rechtsmittel mehr gab. Dagegen ſtand ſie auch den nächſten Verwandten des Angeklagten zu. Das Verfahren ſowohl bei der Reviſion als Kaſſation wurde durch ein beſonderes Reglement v. 28. Juni 1738 (über die procedure bei dem Conseil du Roi) genauer geregelt [2]).

---

1) Stein a. a. O. S 691 faßt ſie nebſt den defenses unter dem gemeinſamen Namen „außerordentliche Appellation“ zuſammen.

2) Erſt nach Vollendung ſeiner Schrift kam dem Verfaſſer die treffliche Abhandlung A. Friedreich's (kgl. Appellationsrath in Aſchaffenburg) „der franzöſiſche Kaſſationshof“ Aſchaffenb. 1852 zu. Dieſelbe enthält ſehr lehrreiche hiſtoriſche und kritiſche Erörterungen. Mit Vergnügen wird der Verfaſſer in

Das Rechtsmittel der opposition endlich war eine Beſchwerde für den Fall, daß eine bei einem Kriminalproceſſe betheiligte Perſon, auch die partie publique, zu demſelben nicht zugezogen worden war.

§. 19.

Anhang.

Das geltende engliſche und franzöſiſche Recht und die neuere deutſche Geſetzgebung.

Die Beſtimmungen des heutigen franzöſiſchen Rechts über die Urtheilsanfechtungen glauben wir als ſo bekannt vorausſetzen zu dürfen, daß es ungeeignet wäre, hier eine ausführliche Darſtellung derſelben zu liefern, und zwar um ſo mehr, als wir in dem dogmatiſchen Theile unſerer Abhandlung überall im Einzelnen von dem franzöſiſchen Rechte zu ſprechen haben [1]).

Nur darauf glauben wir hier ſchon hinweiſen zu müſſen, daß — auch abgeſehen vom Falle der contumacia, von den einfachen Polizeiübertretungen und von der Anfechtbarkeit gerichtlicher dem End-Urtheile vorgängigen Handlungen — das franzöſiſche Recht zwei verſchiedene Syſteme von Rechtsmitteln beſitzt: das eine für die korrektionellen oder Zuchtpolizeiſachen, das andere für die Schwurgerichtsſachen.

Die Verſchiedenheit beider Syſteme liegt für's Erſte ſchon in der Zahl der Rechtsmittel; für die Zuchtpolizeiſachen giebt es zwei Rechtsmittel: die Appellation und die Nichtigkeitsbeſchwerde (cassation); für die Schwurgerichtsſachen giebt es nur ein Rechtsmittel, die Kaſſation. Eine weitere Verſchiedenheit bezieht ſich ſodann darauf, wie oft ein und daſſelbe Urtheil angefochten werden kann: in

---

den §§. 38 bis 40 auf ſie zurückkommen, da er in ihr eine erfreuliche Uebereinſtimmung mit ſeiner Anſicht über die Nothwendigkeit der Verwandlung des Kaſſationshofes in ein Reviſionsgericht (ſoweit dies möglich iſt) gefunden hat. Hier verweiſen wir einſtweilen nur auf die trefflichen Bemerkungen über das alte Conseil du Roi und das Kaſſationsverfahren bei demſelben, ſowie auf die Darſtellung der Geſchichte des Kaſſationshofes und des Kaſſationsverfahrens bis zum Geſetz vom 1. April 1837.

1) Es iſt wohl nicht einmal nöthig, die franzöſiſchen kommentatoriſchen und deutſchen ſyſtematiſchen Bearbeitungen des franzöſiſchen Rechts hier anzuführen.

Zuchtpolizeisachen kann ein und dasselbe Urtheil zweimal angefochten werden; in Schwurgerichtssachen nur einmal, insoferne nicht etwa eine und dieselbe Sache vor zwei verschiedenen Schwurgerichten auf dieselbe Weise entschieden wird, — welcher Fall aber nicht hieher gehört, weil das zweite Schwurgericht nicht als höhere Instanz entscheidet.

Eine dritte Verschiedenheit liegt endlich in dem Umfang der Anfechtbarkeit der Urtheile: in den Zuchtpolizeisachen ist, wenn auch nur bei der ersten Anfechtung, das Urtheil seinem ganzen Inhalte nach direkt anfechtbar; — bei den Schwurgerichtssachen dagegen ist direkt nur derjenige Theil des Gesammturtheils anfechtbar, welcher von dem juristischen Elemente des Schwurgerichts herrührt, nicht aber direkt derjenige Theil, welcher von der Geschwornenbank herrührt[1]).

Wir werden auf diese Duplicität unten zurückkommen müssen.

Nicht minder ungeeignet erscheint es dem Verfasser, hier eine Darstellung der einschlägigen Bestimmungen der neueren deutschen Strafproceßordnungen zu liefern, und zwar aus dem doppelten Grunde, weil erstens diese Strafproceßordnungen fast sämmtlich im Wesentlichen wie überhaupt, so auch hier dem französischen Rechte gefolgt sind, und weil zweitens eine solche Darstellung unverhältnißmäßig viel Raum einnehmen müßte, der um so mehr eine Verschwendung wäre, als wir die besonders bemerkenswerthen Bestimmungen dieser Strafproceßordnungen im dogmatischen Theile ohnehin berücksichtigen werden. Als vorzüglich beachtungswürdig wollen wir schon hier nur eine Ausnahme von dem Anschlusse an das französische Recht anführen, weil dieselbe schon für den vorliegenden Theil unserer Schrift von besonderer Wichtigkeit ist. Diese Ausnahme macht die braunschweigische Strafproceßordnung vom 22. Aug. 1849, welche ebenso wie die griechische[2]), das Rechtsmittel der Berufung nicht aufgenommen hat.

Was endlich das englische Recht betrifft, so hat dasselbe

1) Was das Rechtsmittel der Revision betrifft, so beschränken wir uns darauf, vorläufig auf das Bestreben der französischen Gesetzgebung dasselbe auszudehnen, hinzuweisen. Dieses Rechtsmittel war bekanntlich einer der Gegenstände, mit denen sich im Jahre 1851 die französische Nationalversammlung kurze Zeit vor ihrem jähen Ende beschäftigte, ohne jedoch zu einem Resultate gekommen zu sein.

2) Vgl. über das griechische Strafproceßgesetzbuch v. 10. März 1834 Mittermaier „Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip ꝛc." S. 71 ff.

neuerlich in Mittermaier's Bearbeitung des „engliſchen, ſchottiſchen und nordamerikaniſchen Strafverfahrens“ ꝛc. [1]) eine ſo ausführliche und dabei doch zugleich ſo kompendiöſe Darſtellung gefunden, daß uns nichts Anderes übrig bliebe, als entweder nur Bruchſtücke zu liefern, oder dieſelbe hier wörtlich wiederzugeben, — wovon wir das Eine für ebenſo unpaſſend hielten, als das Andere. Indem wir daher unſeren Leſer auf dieſe Darſtellung verweiſen, beſchränken wir uns auf folgende Bemerkungen, welche wir einer beſonderen Beachtung empfehlen zu müſſen glauben.

Vor Allem muß das Urtheil Mittermaier's [2]), dem wir uns vollkommen anſchließen, hervorgehoben werden, daß das engliſche Recht „in Bezug auf Rechtsmittel ſchlecht iſt und als Ueberbleibſel einer unzuſammenhängenden ängſtlich an unpaſſenden Unterſcheidungen von misdemeanors und felonies feſthaltenden alten Anſicht erſcheint.“

Unter den mancherlei Mängeln der hieher gehörigen engliſchen Einrichtungen wollen wir nur zwei beſonders merkwürdige hervorheben. Der Eine bezieht ſich auf den ſoeben angedeuteten Unterſchied zwiſchen misdemeanors und felonies. Dieſe beiden Verbrechenskategorien, (jene umfaßt leichtere, dieſe ſchwerere Fälle) unterſcheiden ſich namentlich auch darin, daß das wichtige Rechtsmittel eines new trial (motion for new trial d. i. Geſuch um ein neues Verfahren) nur bei den misdemeanors, nicht bei felonies ſtatthaft iſt [3]), — alſo gerade in den ſchwereren Fällen, wo härtere Strafen verhängt werden, — ohne daß in dieſen Fällen ein Surrogat für jenes Rechtsmittel gegeben wäre, falls man nicht etwa die Möglichkeit der Begnadigung als ſolches betrachten will. Der andere Hauptmangel beſteht darin, daß es lediglich vom Willen des vorſitzenden Richters abhängt, einflußreiche ſtreitige Rechtsfragen an den ſeit 1848 beſtehenden court of appeal zu bringen [4]).

1) S. 523 ff. Frühere Darſtellungen finden ſich bei Rüttimann „Ueber die engliſche Strafrechtspflege“ Zürich 1837 S. 100 u. 101; Stephen-Mühry „Handb. des engl. Strafrechts und Strafverfahrens“ 2. Abth. Göttingen 1843 S. 515, 523, 528. 546 ꝛc. C. v. Stemann „die Jury in Strafſachen“ Hamb. 1847 S. 54 ff. J. Glaſer „das engliſch-ſchottiſche Strafverfahren“ Wien 1850 §. 367 und §. 389 — 422. — Vgl. auch noch Biener „das engl. Geſchwornengericht“ 2 Bde. Leipzig 1852 §. 58, 59 u. 60.

2) a. a. O. S. 536.

3) Mittermaier a. a. O. S. 540.

4) Mittermaier a. a. O. S. 542.

Solche und ähnliche Anomalieen gegen alle Grundsätze des Rechts sind natürlich auffallend genug, daß selbst das Nolumus leges Angliae mutari nicht von Reformbestrebungen zurückzuhalten vermag. Indessen haben die mancherlei Reformversuche nach den Mittheilungen Mittermaiers bis jetzt noch zu keinem befriedigenden Resultate geführt. Als die wichtigste Thatsache heben wir aus diesen Mittheilungen nur das hervor, daß man in England eine entschiedene Abneigung gegen die Einführung einer sog. materiellen Berufung hat [1]).

Das schottische System in Bezug auf die Rechtsmittel ist nach Mittermaiers [2]) Darstellung und Urtheil noch ungenügender, als das englische, daher wir uns mit der Hinweisung auf die Mittermaier'schen Bemerkungen begnügen.

Was endlich Mittermaier [3]) über das nordamerikanische Recht berichtet, scheint uns auch nicht geeignet, die hier in Rede stehende Aufgabe der deutschen Gesetzgeber zu erleichtern. So sehr auch die neuere Legislation, dem Impulse des großen Livingstone folgend, in den einzelnen Staaten bemüht ist, das vom Mutterlande überkommene Recht zu verbessern und auch wirklich, insbesondere in Newyork zu wesentlichen Verbesserungen gelangt ist [4]), so bilden doch die betreffenden englischen Einrichtungen immer noch die Grundlage und den Kern desselben.

In der Ueberzeugung, daß der deutsche Gesetzgeber selbst aus dem neuesten Newyorker Rechte bezüglich der Lehre von den Rechtsmitteln wenig oder gar nichts lernen könne, schließen wir diesen historischen Abschnitt mit der Behauptung, daß sicherlich jede kritische Untersuchung der Geschichte der Rechtsmittel zu dem Resultate gelangen werde, daß das französische Recht ungeachtet seiner großen Mängel doch die Grundlage der betreffenden Gesetzgebung in Deutschland bleiben müsse, und eine zweckmäßige Reform dieser Lehre von vorneherein nur auf Verbesserungen des Bestehenden im Einzelnen angewiesen sei.

1) Mittermaier a. a. O. S. 538.

2) a. a. O. S. 544.

3) a. a. O. S. 545 — 554.

4) Dahin gehört z. B. die Ausdehnung des new trial auf Feloniefälle. S. Mittermaier a. a. O. S. 551.

II. Abſchnitt.

Dogmatiſcher Theil.

1. Kapitel.

Allgemeines.

§. 1.

Begründung der Anfechtbarkeit ſtrafgerichtlicher Handlungen.

Es ſind vor Allem die Fragen zu beantworten, ob und warum[1]) es nothwendig ſei, daß der Staat die Anfechtung eines von ſeinem Gerichte gefällten Strafurtheiles oder einer von demſelben in einem Strafproceſſe getroffenen Verfügung zulaſſe; es iſt vor Allem zu unterſuchen, ob und wie ſich das Inſtitut der Urtheilsanfechtung rechtlich begründen laſſe.

W. Wieſt[2]) ſcheint die Möglichkeit einer ſolchen Begründung in Abrede zu ſtellen, indem er behauptet: „Zum Weſen der Juſtizpflege gehört das Appellationsrecht offenbar nicht; denn nicht nur gab es von jeher Gerichte, welche in erſter und letzter Inſtanz Recht ſprachen, ſondern es laſſen ſich auch theoretiſch durchaus keine Gründe auffinden, mit denen man beweiſen könnte, daß das Appellations-Recht ein weſentlicher Theil der proceſſualiſchen Einrichtungen ſei. Wären wir nicht durch altes Herkommen ſo ſehr daran gewöhnt, ſo würden wir vielmehr finden, daß etwas Unnatürliches (!) darin liege. Daß man einen Ballen Tuch mehrmals preßt und Töpfer-Geſchirr wiederholt brennt, iſt begreiflich; das wiederholte Preſſen und Brennen wirkt ergänzend. Warum aber eine und dieſelbe Rechtsſache mehrmals abgeurtheilt werden ſoll, iſt aus den Grundprinzipien der Rechtspflege nicht zu erklären. Das zweite Erkenntniß iſt

1) Die Frage, warum das Inſtitut nothwendig ſei, iſt gleichbedeutend mit der Frage nach dem allgemeinen Zwecke oder, um mit Stahl zu ſprechen, nach der „weltökonomiſchen Beſtimmung (τέλος)“ deſſelben.

2) In ſeiner trefflichen Schrift: „die Nothwendigkeit und die Bedingungen der Mündlichkeit im Strafverfahren“ Schaffhauſen 1844 §. 28 S. 105. Was Wieſt hier „Appellationsrecht“ nennt, iſt wohl daſſelbe, was wir hier „Inſtitut der Urtheilsanfechtung“ nennen.

keine Ergänzung des ersten, sondern entweder hebt es dasselbe auf und setzt sich an dessen Stelle, oder es läßt das erste Erkenntniß, indem es dasselbe bestättiget, unverändert. In jedem dieser beiden Fälle erscheint das Erkenntniß als überflüßig, im ersten Falle das Erkenntniß der ersten Instanz, im zweiten das des Appellations-Richters" ꝛc.

Die Seltenheit der Berührung dieser Frage in den hier einschlägigen Schriften, sowie die Trefflichkeit der angeführten Schrift im Allgemeinen fodert auf, diese Ansicht einer, wenn auch kurzen Würdigung zu unterwerfen. Für's Erste fällt es wohl jedem Leser in die Augen, daß in dem zuletzt angeführten Satze eine kleine Verwechslung vor sich gegangen ist, indem daselbst für den Fall der Abänderung des Urtheiles der ersten Instanz dieses als überflüssig erscheint, während im Vorhergehenden nur die Ueberflüssigkeit und Unnatürlichkeit des Appellationsrechtes, also des Urtheiles der zweiten Instanz deducirt werden will. Indeß ließe sich dieser Verstoß dadurch heben, wenn anstatt „in jedem dieser beiden Fälle erscheint das Erkenntniß als überflüssig" gelesen würde: in jedem Falle ist eines der beiden Erkenntnisse überflüssig. Allein auch bei dieser Lesart des Schlußsatzes erheben sich wesentliche Bedenken. So z. B. dürfte es doch schwerlich zu rechtfertigen sein, wenn daraus, daß das zweite Erkenntniß nicht die Ergänzung der erstrichterlichen bildet, auf die Ueberflüssigkeit des „Appellationsrechtes" oder des zweitrichterlichen Erkenntnisses geschlossen wird. Oder will etwa behauptet werden, daß der Zweck der Urtheilsanfechtung die Ergänzung des angefochtenen Urtheils sei? Wenn das omne simile claudicat irgendwo gilt, so gilt es hier in Bezug auf das Gleichniß von dem Tuchpressen und dem Topfbrennen. Sodann hätte doch der Umstand, daß „wir durch altes Herkommen so sehr daran (an das Appelliren) gewöhnt" sind, einigen Zweifel gegen die Ueberflüssigkeit dieses Institutes erwecken mögen. Gewohnheitsrecht und altes Herkommen pflegen in der Regel nicht grundlos zu sein und nicht in Unnatur zu wurzeln [1]).

1) Die Behauptung, daß es „von jeher Gerichte gab, welche in erster und letzter Instanz Recht sprachen" wollen wir hier ungeprüft lassen, insoweit nicht schon in unserer hist. Einleitung eine Widerlegung enthalten ist. Uebrigens kann doch wohl daraus, daß es vielleicht bei den Eskimos und Hottentoten Gerichte

Daß dagegen unser Institut wirklich „zum Wesen der Justizpflege gehöre“ und „daß dasselbe ein wesentlicher Theil der processualischen Einrichtungen sei,“ glauben wir mit Folgendem höchst einfach und leicht begründen zu können.

Diese Begründung scheint uns nämlich in nichts Anderem zu liegen, als darin, daß einerseits alles Irdische, also auch die Staatseinrichtungen, unvollkommen sind, andererseits aber für den Staat, wie für den einzelnen Menschen, die ethische Pflicht besteht, nach möglichster Vollkommenheit zu streben.

Die Anwendung dieser allgemeinen Wahrheiten auf unser konkretes Thema ist leicht. Das Gericht ist das Organ des Staates für die Rechtspflege; das Prinzip der Strafrechtspflege ist das der Gerechtigkeit; das Urtheil des Strafgerichtes soll ein wahrhaft gerechtes sein; nur in diesem Falle ist das Urtheil ein vollkommenes. Nun sind aber in der realen Welt die Organe des Staates für die Strafrechtspflege, wie alle seine übrigen Organe möglicher Weise nur Menschen, welche nicht nur als beschränkt sinnlich-vernünftige Wesen dem Irrthume ausgesetzt sind, sondern auch vermöge der Freiheit ihres Willens ebenso wohl ungerecht, als gerecht handeln können. Indem der Staat dies einsieht und somit die Möglichkeit der aus Irrthum oder Willensverkehrtheit seiner Organe entstehenden Fehlerhaftigkeit der gerichtlichen Urtheile und sonstigen Handlungen anerkennt, muß er als ein sittlich intellektuelles Reich und vermöge der oben bezeichneten Pflicht thätige Sorge tragen, daß solche Fehler vorkommenden Falles wieder aufgehoben und berichtiget werden können. Der Staat hat daher vor Allem die Anfechtbarkeit der Urtheile und sonstigen Handlungen seiner Gerichte anzuerkennen, und, da diese Anerkennung eine thätige sein muß, entsprechende Einrichtungen zu treffen, damit die Funktion der Anfechtung in rechtlich geordneter Weise vollzogen werden könne.

Welcher Art diese Einrichtungen sein müssen, wird erst dann bestimmt werden können, wenn die Grenzen der Anfechtbarkeit genau festgestellt sind. Es muß zuvor in's Reine gebracht werden, in wie weit die Befriedigung des Bedürfnisses möglich ist, ehe die Anstalten zur Befriedigung getroffen werden.

---

gibt, die in erster und letzter Instanz Recht sprechen, nicht die Ueberflüssigkeit der Instanzeneinrichtung gefolgert werden.

Beides, inwieweit der Staat die Anfechtbarkeit anerkennen müsse und könne und welche Einrichtungen er danach zu treffen habe, bildet den Inhalt der ganzen folgenden Darstellung. Hier hatten wir es vorläufig nur mit der Frage zu thun, ob der Staat diese Anfechtbarkeit anzuerkennen habe.

Wir glauben, daß an der Nothwendigkeit der Bejahung dieser Frage nicht mehr zu zweifeln sei, und wenn es eine unabweisliche Anforderung der Gerechtigkeit ist, ein erwiesenermaßen fehlerhaftes Urtheil in seinem Inhalte und seinen Folgen nicht aufrecht zu erhalten, sondern an seine Stelle ein richtiges zu setzen, und wenn die Möglichkeit der Fehlerhaftigkeit gerichtlicher Handlungen eine allgemeine ist, so muß doch wohl auch zugestanden werden, daß die Anfechtbarkeit der Urtheile eine aus dem Prinzipe der Gerechtigkeit selbst hervorgehende Nothwendigkeit ist, mithin einen allerdings „wesentlichen Theil der processualischen Einrichtungen" bildet, wenn auch sein Zweck nicht auf Ergänzung eines lückenhaften, sondern Verbesserung eines fehlerhaften Urtheiles gerichtet ist.

§. 21.

Fortsetzung.

Ein gewichtigerer und nicht mit Stillschweigen zu übergehender Einwand gegen obige Begründung unseres Institutes und somit gegen das Institut selbst wäre aber der, daß dadurch alle Vollziehbarkeit strafgerichtlicher Urtheile, ja überhaupt die Möglichkeit jeglicher Straf-Rechtspflege aufgehoben werde. Es muß nämlich zugestanden werden, daß, welche Einrichtungen der Staat zur Beseitigung von fehlerhaften gerichtlichen Urtheilen und Handlungen immer treffen möge, doch niemals die Möglichkeit der Fehler aufgehoben werde, daß der Staat keine absolut zuverläßige Garantie der objektiven Richtigkeit seiner Strafurtheile erlangen könne. Aus diesem Grunde und in der Einsicht hievon scheint dann aber der Staat, weil er nur das richtige Urtheil vollziehen darf, von vorneherein auf jeden Urtheilsvollzug verzichten zu müssen. Es gäbe hienach nicht bloß keine Rechtskraft der Strafurtheile im civilrechtlichen Sinne (res judicata), welche allerdings zurückzuweisen ist, sondern auch keine Vollziehbarkeit strafgerichtlicher Urtheile, somit gar keine Strafjustiz.

Da nun aber die Strafjustiz sowohl theoretisch als praktisch

nothwendig iſt, ſo ſcheint geſchloſſen werden zu können und müſſen, daß eine Theorie, welche zur Aufhebung der Strafjuſtiz führe, zu verwerfen ſei, wonach dann das Inſtitut der Urtheilsanfechtung wieder ohne Begründung und ſomit unhaltbar wäre.

Was iſt hierauf zu erwidern? Die Nothwendigkeit der Strafjuſtiz ſteht feſt. Dabei können wir aber nicht aufgeben, daß keine abſolute Garantie für die Richtigkeit der Strafurtheile vorhanden ſei, — und dennoch ſoll nur das richtige Urtheil vollzogen werden. Der Widerſpruch, der hierin liegt, läßt ſich nicht ignoriren. Auf der einen Seite hat der Staat die Pflicht zu ſtrafen, und zwar gerecht zu ſtrafen, — auf der anderen Seite ſieht er den Mangel einer zuverläßigen Garantie für die objektive Richtigkeit ſeiner Strafurtheile; auf der einen Seite die unabweisbare Foderung, auf der anderen die offenbare Inſolvenz. Die logiſche Konſequenz des Schluſſes muß zugeſtanden werden: der Staat darf nur dasjenige Strafurtheil vollſtrecken, von deſſen objektiver Richtigkeit er Gewißheit hat; ſolche Gewißheit hat er aber bei keinem Strafurtheile; alſo darf er auch gar kein Strafurtheil vollſtrecken.

Dennoch halten wir an der Begründung unſeres Juſtitutes feſt. Die Antinomie iſt eine nur ſcheinbare; das Irrthümliche liegt in dem Oberſatze des angeführten Syllogismus. Wäre dieſer Oberſatz richtig, dann wäre es allerdings um die Strafjuſtiz geſchehen. Allein eben jener Oberſatz enthält eine Foderung, die zwar für ein rein ſittlich intellektuelles Reich, nicht aber für den irrdiſchen, menſchlichen Staat anzuerkennen iſt. Dieſe Foderung ſetzt einen allwiſſenden unfehlbaren Richter voraus, welchen dieſer nicht beſitzt. An den irrdiſchen Staat kann nicht die Foderung abſolut gewiſſer Richtigkeit ſeiner Strafurtheile, ſondern, wie wir dies auch in obiger Begründung gethan haben, nur die Foderung *des Strebens nach möglichſt gewiſſer Richtigkeit* geſtellt werden. In jenem Oberſatze liegt eine gänzliche Verkennung des Weſens des Staates und des Rechtes; es wird darin dem wirklichen Staate ein Staatsideal untergeſchoben. Der Staat als Inſtitut für Menſchen trägt zwar, wie dieſe, den Stempel der Unvollkommenheit, und er wird niemals vollkommen werden, ſo viel er auch der an ihn ergehenden Foderung, nach Vollkommenheit zu ſtreben, nachkommen möge; — allein hieraus folgt weder, daß er ſich ſelbſt aufgeben, daß er aufhören

müſſe, zu exiſtiren, noch daß er von dem Streben nach Vollkommenheit abſtehen dürfe.

Ebenſo trägt auch die Strafrechtspflege des Staates den Stempel der Unvollkommenheit und wird nie vollkommen werden, ſo ſehr ſie danach ſtrebe; — allein ebenſowenig folgt hieraus, daß die Straf-Rechtspflege von dieſem Streben ablaſſen oder gar bei Seite geſetzt werden dürfe. Das Endliche hat eben eine andere Berechtigung, als das Unendliche. Der irrdiſche Staat und die Strafrechtspflege dieſes Staates haben ihre Berechtigung, obwohl ſie nicht vollkommen ſind, und ſie müſſen nach Vollkommenheit ſtreben, obwohl ſie dieſelbe niemals erreichen werden. Das Eine wie das Andere kann nur geleugnet werden, wenn man von dem Endlichen gar keinen Begriff hat.

In der Foderung des Strebens nach Vollkommenheit liegt alſo die Löſung jenes ſcheinbaren Widerſpruches, die Vermittelung jener ſich ſcheinbar widerſprechenden Foderungen der Straf-Rechtspflege und der Richtigkeit der Strafurtheile.

Indem der Staat nach möglichſter Richtigkeit ſeiner Strafurtheile ſtrebt, erfüllt er beide Foderungen in der Art, wie ſie an ihn geſtellt werden können, — und eben in dieſem Streben erkennt er auch die Nothwendigkeit der Anfechtbarkeit ſeiner ſtrafgerichtlichen Handlungen an. Daß aber dieſes Streben in der Anwendung auf den einzelnen Fall wie in der auf Einrichtungen, welche dieſem Streben entſprechen, gerichteten Geſetzgebung kein unendliches ſein könne, daß der Staat dem Zweifel an der Richtigkeit ſeiner Strafurtheile Maaß und Ziel ſetzen müſſe, hat wieder ſeinen Grund darin, daß er niemals zur wirklichen Gewißheit gelangen kann und dennoch die Strafrechtspflege üben ſoll.

Es liegt in jenem Streben nicht mehr und kann vom Staate nicht mehr gefodert werden, als daß er in Bezug auf die Geſetzgebung entſprechende Einrichtungen treffe, vermöge deren ſich jeder vernünftige Zweifel an der Richtigkeit eines Strafurtheiles geltend machen und die Abänderung des letzteren herbeigeführt werden könne, und daß er in Bezug auf die Anwendung dieſer Geſetze im einzelnen Falle darüber wache, daß von denſelben ungehindert Gebrauch gemacht werden könne. Nach Erfüllung dieſer Foderungen ſteht dem

Vollzuge seiner Strafurtheile kein Hinderniß mehr im Wege, und insoferne er unter Rechtskraft seiner Strafurtheile deren Vollziehbarkeit [1]) versteht, kann er denselben auch Rechtskraft beilegen.

Es dürfte also auch dieser Einwand für beseitiget zu halten sein.

§. 22.

Schluß.

Schließlich haben wir noch einen Blick auf etwaige frühere Begründungen unseres Instituts zu werfen. Wir finden deren nur sehr wenige [2]). Die Frage nach der Nothwendigkeit dieses Institutes wurde in der Regel ebensowenig aufgeworfen, als, wie wir unten sehen werden, an eine prinzipielle, die Natur der Sache in's Auge fassende Bearbeitung der vorwürfigen Materie gedacht. Man begnügte sich in der Regel, dieselbe aus den jeweilig geltenden positiven gesetzlichen Bestimmungen ohne Kritik und durchgreifende Rücksicht auf das ganze Proceßrechtssystem darzustellen und das Institut selbst lediglich als ein bestehendes hinzunehmen.

Höchst summarisch, jedoch im Wesentlichen mit obiger übereinstimmend ist die Begründung von Temme [3]): „Auf gerichtliche Urtheile können böser Wille und menschliche Schwächen, Irrthum u. s. w. nur gar zu leicht einen nachtheiligen Einfluß ausüben, der sich um so verderblicher darstellen muß, als er geradezu das Recht selbst trifft. Der Gedanke an Rechtsmittel, wodurch das so geschaffene Unrecht wieder aufgehoben, das dadurch verletzte Recht wieder hergestellt werde, lag daher stets sehr nahe."

Tiefer gehend ist die Begründung eines geistreichen Repräsentanten der neueren Philosophie. J. U. Wirth [4]) sagt: „daß dieses

---

1) Vgl. hierüber Mittermaier „deutsches Strafverf." II. §. 202.

2) Es ist auffallend, daß Stahl in seiner Rechtsphilosophie dem Straf-Processe, sowie auch dem Strafrechte nur so geringe Aufmerksamkeit widmet. Beide Partieen gehören zu den dürftigsten in dem sonst so inhaltreichen Werke. Es ist daher, wenn auch bedauerlich, so doch erklärlich, wenn wir in demselben nichts auf unseren Gegenstand Bezug Nehmendes anzuführen und zu besprechen finden.

3) „Grundzüge eines deutschen Strafverfahrens" Arnsberg 1850 S. 159. Wir werden auf diese viel Gutes enthaltende Schrift noch öfter zurückkommen.

4) „System der spekulativen Ethik" Bd. II. S. 304; vgl. auch S. 207. In dem „System der spekulativen Ethik oder Philosophie der Familie, des Staates

(das Urtheil des peinlichen Gerichts) ein objektiv allgemeines, ein Urtheil des Staates selbst sei, sichert sich in der Instanzenfolge durch alle Gerichte hindurch bis zum höchsten Tribunal, an welche der Reihe nach der Verurtheilte rekurriren darf und in deren einstimmigen Urtheile er so erst jene Stimme des Staates vor sich hat."

Uns scheint aber hiemit zu viel und darum gar nichts bewiesen zu sein. Danach wäre nicht bloß die Anfechtbarkeit der Urtheile, sondern die Anfechtung durch alle Instanzen und in jedem einzelnen Falle nothwendig. Denn wenn das Urtheil des peinlichen Gerichtes ein objektiv allgemeines, ein Urtheil des Staates selbst sein soll, und hiezu der Rekurs des Verurtheilten durch alle Gerichte hindurch bis zum höchsten Tribunal erforderlich ist, so ist dieser Rekurs auch ein allgemein in allen Fällen nothwendiger. Ja selbst dies soll noch nicht genügen; das Urtheil des höchsten Tribunals ist noch keineswegs das objektiv allgemeine, das Urtheil des Staates selbst, sondern dies ist nur das einstimmige Urtheil aller Instanzen; — womit implicite ausgesprochen wird, daß nur dasjenige Strafurtheil vollstreckt werden könne, welches von allen Instanzen übereinstimmend gefällt worden ist! —

Sodann scheint es doch sehr willkührlich zu sein, wenn dem Urtheile des einzelnen Gerichtes die Eigenschaft als Stimme des Staates abgesprochen und diese erst dem übereinstimmenden Urtheile sämmtlicher Instanzen beigelegt wird. Wenn auch der quantitative Unterschied nach Hegel in einen qualitativen umschlägt, so muß doch, ehe man den fraglichen Begriff dem Mehreren beilegt, vor-

---

und der religiösen Sitte" 2 Bde. Leipzig 1850 von H. M. Chalybäus findet sich gar nichts über unseren Gegenstand, was bei der Trefflichkeit dieses Buches vielleicht zu bedauern ist — Uebrigens müssen wir hier bemerken, daß es nicht unsere Absicht war und wir uns nicht für verpflichtet hielten, in allen älteren und neueren Rechtsphilosophien ꝛc. zu suchen, ob sie unseres Institutes Erwähnung gethan. Die hier angeführten Beispiele schienen zu genügen, um die hier zu beantwortende Frage in's gehörige Licht zu stellen. Nur das sei noch erwähnt, daß der rechtsphilosophische Repräsentant einer andern (der Krause'schen) Schule, H. Ahrens in seiner „Rechtsphilosophie" 4. Ausg. Wien 1852 unseren Gegenstand ebenfalls unberührt läßt, da man doch wenigstens eine Andeutung seiner Ansicht hierüber im „besonderen Theile" I. Abth. 1. Abschn. Kap. 4: „Von dem Rechte zur Aufrechthaltung und Wiederherstellung des Rechtszustandes" hätte erwarten können, wenn er auch die Theorie des öffentlichen Rechts weglassen zu müssen glaubte. S. Vorrede zur 2. Ausg. 1843.

erſt nachgewieſen ſein, daß er nicht ſchon in dem Einzelnen enthalten ſei. Was ſoll nun aber das Urtheil eines Gerichtes anderes ſein, als die Stimme des Staates? Es kann zugelaſſen werden, das Urtheil des einzelnen (unteren) Gerichts nicht als Stimme des Staates zu betrachten, ſo lange daſſelbe dem Geſetze gemäß noch nicht vollſtreckbar iſt, obwohl auch dies eine Behauptung ohne praktiſche Bedeutung wäre. Allein demſelben noch eine weitere Bedingung ſetzen oder ihm gar die Möglichkeit, für ſich objektiv allgemeines Urtheil oder Stimme des Staates zu werden, abzuſprechen, iſt im höchſten Grade willkührlich und grundlos. Nach dieſer Theorie ließe der Staat tagtäglich und überall in großer Zahl Urtheile vollſtrecken, welche gar nicht ſeine Urtheile wären!

Von demſelben philoſophiſchen Standpunkte aus begründet unſer Inſtitut L. R. Köſtlin[1]), jedoch, wie ſich von dem Rechtsgelehrten nicht anders erwarten läßt, in einer dem juriſtiſchen Bedürfniſſe mehr entſprechenden Weiſe: „Die ſich von ſelbſt ergebende Folge des Urtheils iſt endlich ſeine Vollſtreckung, deren Beſorgung dem Staatsanwalte zuſteht. Dieſe Folge ſetzt aber die Rechtskraft des Urtheiles voraus, welche demſelben nicht ſchlechthin zukommt. Vielmehr wird das Urtheil erſt rechtskräftig, d. h. vollſtreckbar, wenn ſowohl der Angeklagte, als die Staatsbehörde binnen einer beſtimmten Friſt ſich dabei beruhigt haben. Da nämlich das peinliche Gericht, als einzelnes, auch ein beſonderes iſt, ſo kann auch ſeine Entſcheidung eine bloß beſondere, nicht durch den wahrhaft allgemeinen Willen beſtimmte ſein. Weil dieſelbe aber vielmehr ihrem Begriffe gemäß die Natur der Allgemeinheit haben ſoll, ſo muß die Abänderung einer ſolchen im einzelnen Fall bloß beſonderen Entſcheidung möglich, und es müſſen eigene Organe vorhanden ſein, vermittelſt deren eine ſolche Abänderung bewirkt werden kann.“ Im Weſentlichen ſtimmt dieſe Begründung im Gewande der neueren Philoſophie mit der unſrigen offenbar überein. Köſtlin benimmt dem Urtheile des einzelnen Gerichts nicht, wie Wirth, die Eigenſchaft der „Allgemeinheit“ überhaupt; er ſpricht bloß von der Möglichkeit, daß daſſelbe nicht das wahrhaft allgemeine ſei. Was bei ihm die Foderung der Allgemeinheit

1) „Der Wendepunkt des deutſchen Strafverfahrens im 19. Jahrhundert“. Tüb. 1849 S. 36.

ist, ist bei uns die Foderung des Strebens nach Richtigkeit. Ein Unterschied möchte vielleicht nur darin liegen, daß wir an die Straf-Rechtspflege nur die Foderung des Strebens nach Richtigkeit der Urtheile stellen und die Unmöglichkeit, vollkommen zu werden, oder den Mangel einer absoluten Garantie der Richtigkeit ausdrücklich hervorheben, während Köstlin die Foderung der wahrhaften Allgemeinheit stellt und somit die Existenz einer solchen Garantie anzunehmen d. h. in den Rechtsmitteln eine solche Garantie zu erblicken scheint.

Dem müssen wir aber die Frage entgegenhalten, was denn zu der Annahme berechtige, daß das abgeänderte Urtheil nun wirklich das allgemeine sei. Mit der Foderung der wirklichen Allgemeinheit oder der Gewißheit der Richtigkeit wird die Strafrechtspflege unserer Ansicht nach in eine unendliche Bewegung versetzt, und darum unmöglich gemacht.

Was endlich die Ansicht Biener's [1]) betrifft, wonach zwar Rechtsmittel auch im Inquisitionsprocesse wünschenswerth seien, aber dem Anklageprocesse, nicht dem Inquisitionsprocesse zugehören, so werden wir hierüber erst unten sprechen können.

Wir beschränken uns hier auf die Bemerkung, daß dasjenige, was Biener über die Rechtsmittel überhaupt anführt, zu allgemein gesprochen ist und lediglich für das Rechtsmittel der sogenannten materiellen Berufung Giltigkeit haben kann.

§. 23.

Ueber das Prinzip für die Entscheidung der Thatfrage.

Wir werden in dem folgenden Kapitel sehen, daß die Lehre von den Rechtsmitteln ganz und gar von dem Prinzipe abhängig ist, welches man für die Entscheidung der sogenannten That- oder Schuldfrage aufstellt [2]).

---

1) Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte 2. Hft. S. 166 ff. S. 85, 86.

2) Vorläufig bemerken wir, daß dieser Zusammenhang auch schon von Zachariä „die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens ꝛc." Gött. 1846 S. 211 klar erkannt wurde: „Außerdem bedingen Beweistheorie (und Entscheidungsgründe) zugleich die Möglichkeit einer wahren Revisions-Instanz in Strafsachen oder die Zulässigkeit von Rechtsmitteln, wodurch ein anderer (höherer) Richter zur wiederholten Prüfung der Formalien und Mate-

Dieſer Umſtand macht es nothwendig, daß wir uns mit dem Leſer vorerſt über dieſes Prinzip verſtändigen. Wir haben unſere Anſicht darüber auszuſprechen und zu motiviren, nach welchem Prinzipe derjenige Beſtandtheil des Geſammturtheiles zu Stande kommen müſſe, welchen man als Entſcheidung der That- oder Schuldfrage bezeichnet.

Aus der Beantwortung dieſer Frage wird ſich ſodann auch der innere Zuſammenhang der Lehre von den Rechtsmitteln mit dem ganzen übrigen Strafproceßrechte von ſelbſt ergeben; es wird ſich ergeben, daß dieſe Lehre nothwendigerweiſe in ſolchem Zuſammenhange aufzufaſſen ſei, und daß die mancherlei Verirrungen der Doktrin und Geſetzgebung in der Behandlung unſeres Gegenſtandes gerade darin ihren Grund haben, daß hiebei auf die Fundamentalſätze des Straf-Proceßrechtes nicht die gehörige Rückſicht genommen worden iſt.

Die Beſtimmungen über die Anfechtung der Urtheile eines Strafgerichtes müſſen mit dem geſammten übrigen Strafproceßrechte harmoniren; ſie dürfen nichts enthalten, was mit dem oberſten Grundſatze dieſes Rechts in Widerſpruch ſteht; — und es iſt die Aufgabe der Wiſſenſchaft, zu zeigen, wie das in Rede ſtehende Rechtsinſtitut dieſem Grundſatze gemäß näher zu regeln und zu beſtimmen ſei.

Der oberſte Grundſatz für die öffentliche Strafrechtspflege iſt nun das Prinzip des Strebens nach Gerechtigkeit, d. h. die Straf-Rechtspflege muß beſtrebt ſein, daß jeder Schuldige, aber auch nur der Schuldige und nur nach Maaßgabe ſeiner Schuld beſtraft werde. Eine Konſequenz dieſes Prinzips iſt das Streben nach ſogenannter materieller Wahrheit, oder das Unterſuchungsprinzip. Nach dem, was wir in dem Vorworte über dieſen Ausdruck bemerkt haben, bedarf dieſer Satz wohl keiner weiteren Ausführung. Man wird nicht beſtreiten wollen, daß aus dem Prinzip des Strebens nach Gerechtigkeit mit Nothwendigkeit das Prinzip des Strebens nach materieller Wahrheit hervorgehe.

Nun glauben wir aber weiter behaupten zu müſſen, daß, wenn das Unterſuchungsprinzip in Wahrheit, vollſtändig und konſequent das Strafverfahren beherrſchen ſolle, das Prinzip für die Würdigung

---

tialien in Betreff der die Strafbarkeit bedingenden Thatſachen berufen wird." Wir werden aber von dieſer Wahrheit eine Anwendung machen, die der Anwendung Zachariä's ganz entgegengeſetzt iſt.

des Beweiſes — oder was daſſelbe iſt, das Prinzip für die Entſcheidung der That- oder Schuldfrage — kein anderes ſein dürfe, als das der freien, durch keine allgemeinen geſetzlichen Beſtimmungen gebundenen Ueberzeugung des Richters[1]), — mit anderen Worten: das konſequent durchgeführte Unterſuchungs-Prinzip iſt mit jeder bindenden Beweistheorie — und zwar ebenſo mit einer negativen, wie mit einer poſitiven — unverträglich, oder, — was daſſelbe iſt — das Prinzip der Entſcheidung der Thatfrage nach der freien Ueberzeugung des Richters iſt eine nothwendige Konſequenz des Unterſuchungsprinzips.

Dieſe Behauptung wird vielleicht Manchen um ſo auffallender erſcheinen, als ſich die bindenden Beweistheorien gerade in dem früheren gemeinrechtlichen und partikulargeſetzlichen Strafverfahren ausgebildet haben, welche bekanntlich als Unterſuchungsproceß κατ' ἐξοχήν betrachtet zu werden pflegen, während man in dem neueren Strafproceßrechte, in welchem man einen Anklageproceß erblicken will, keine ſolchen Beweistheorien findet. Es ſcheint alſo vorerſt ſchon die Geſchichte unſerer Behauptung entgegenzuſtehen.

Allein dem iſt doch nur ſcheinbar ſo. Wir haben bereits oben

---

1) Auch Zachariä „die Gebrechen und die Reform des deutſchen Strafverfahrens" ꝛc. S. 48 und 194 erklärt das Prinzip der freien Ueberzeugung für eine Konſequenz des Unterſuchungsprinzips. Allein er verſteht unter dem Unterſuchungsprinzip etwas ganz Anderes, als den Grundſatz des Strebens nach materieller Wahrheit. Wir konnten uns aber mit den Begriffsbeſtimmungen des inquiſitoriſchen und accuſatoriſchen Prinzips, welche Zachariä a. a. O. S. 43 und 53 aufſtellt, nicht befreunden. Es iſt uns nicht klar geworden, warum Zachariä S. 41 „die Identifirung des Inquiſitionsprinzipes und des Prinzipes der materiellen Wahrheit zu den verbreitetſten und ſchädlichſten Irrthümern der neueren Zeit" (?) zähle, und inwieferne „ſie die Quelle der verkehrteſten und widerſprechendſten Behauptungen ſei." — Dagegen glauben wir bemerken zu müſſen, daß Zachariä, inſoferne er das Streben nach materieller Wahrheit mit dem, was er unter dem accuſatoriſchen Prinzip verſteht, für kompatibel hält, keiner bindenden Beweistheorie das Wort reden dürfe, wenn er nicht etwa auch das Prinzip der materiellen Wahrheit in einem anderen als dem gewöhnlichen Sinne faſſen will, was man allerdings vermuthen kann, da er S. 40 behauptet, „ſelbſt der bürgerliche Proceß verzichte nicht auf die Herſtellung des materiellen Rechts und wolle nicht bloß eine formelle Wahrheit erreichen." Wenn ſich der Civilproceß nicht mit formeller Wahrheit begnügt, ſo muß er nach materieller Wahrheit ſtreben. Beides zugleich kann er nicht wollen, und ein Drittes gibt es nicht.

geſehen, daß der altdeutſche Proceß, in welchem ſich nur ſehr wenig inquiſitoriſche Elemente vorfinden, ein ganz formaliſtiſches Beweisrecht hat [1]; — daß dagegen der kanoniſche [2] Inquiſitionsproceß und der ältere gemeinrechtlich deutſche nach der Carolina keine bindende Beweistheorie kennt [3]. Hiezu kommt noch, daß jener jüngere gemeinrechtliche Strafproceß mit ſeinen Beweistheorien in allen ihren verſchiedenen Nuancen und jene Partikulargeſetzgebungen durchaus nicht als Muſter des Unterſuchungsproceſſes, vielmehr als Entartungen deſſelben zu betrachten ſind, — ſowie es auch durchaus irrthümlich iſt, in unſerem neueren Strafverfahren einen wahren Anklageproceß zu erblicken, d. h. einen Proceß, der auf dem Anklage-Prinzip, oder was dasſelbe iſt, der Verhandlungsmaxime, beruht [4].

Endlich können wir uns auch auf das engliſche Strafverfahren mit ſeinem law of evidence berufen; denn der engliſche Straf-Proceß iſt ein, wenn auch nicht konſequent durchgebildeter, ſo doch

---

1) Vgl. Biener, Beiträge ꝛc. S. 119 ff.; Mittermaier „die Lehre vom Beweis im deutſch. Strafproceſſe.“ Darmſtadt 1834 S. 12 ff.; Köſtlin „Wendepunkt“ ꝛc. S. 214 ff.

2) Ueber das römiſche Recht ſ. die klaſſiſche Stelle in L. 3 §. 2 D. de testibus (22, 5): Ejusdem quoque principis (D. Hadriani) extat rescriptum ad Valerium Verum de excutienda fide testium, in haec verba: Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest . . . . . Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere: sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris. Dies iſt in der That raison écrite! — Vgl. auch Geib „Geſch. des röm. Krim.-Proc.“ S. 610 ff., und Zachariä „die Gebrechen ꝛc.

3) Mittermaier „Lehre v. Beweis“ ꝛc. S. 14 und 16. — Die Behauptung Biener's (Abhandl. II. S. 161), daß „unſer gemeinrechtlicher Proceß in der Zeit, wo er neben der accuſatoriſchen Form bereits dem Inquiſitionsproceſſe Eingang verſtattete, fortwährend die dem Anklageproceſſe eigenthümliche feſte Beweistheorie, welche allerdings durch das Inquiſitionsprinzip bereits einige Modifikationen erfahren, beibehalten habe“, — iſt durchaus unrichtig. Weder bei Tengler und Brand, noch bei Karpzow findet ſich eine bindende („feſte“) Beweistheorie; — am Allerwenigſten kann von einem „Beibehalten“ der dem altdeutſchen „Anklageproceſſe eigenthümlichen Beweistheorie“ die Rede ſein! — Vgl. C. G. v. Wächter „Beiträge“ ꝛc. S. 75 ff. und Zachariä „die Gebrechen“ ꝛc. S. 192 ff.

4) Vgl. die treffliche Ausführung hiezu bei Köſtlin „Wendepunkt“ ꝛc. S. 37 ff.

vorherrschend inquisitorischer, und die Regeln des law of evidence sind nicht absolut bindend [1]).

In Bezug auf das Prinzip für die Entscheidung der Thatfrage hat nun aber geschichtlich das Untersuchungsprinzip im französischen Strafverfahren den extremsten Ausdruck gefunden, indem dasselbe von allen — auch nicht bindenden, bloß anweisenden — Beweisregeln abstrahirend die innere unverantwortliche Ueberzeugung des Richters (intime conviction) zur freiesten, unbeschränkten Herrschaft über die Thatfrage erhob.

Der Cod. d'instruct. crim. ertheilt den Geschwornen in art. 342 eine Weisung, in welcher ausdrücklich jede positive oder negative Beweistheorie als ungiltig erklärt wird, — jede positive, indem es heißt: „La loi ne leur dit point: Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins," — jede negative, indem es heißt: „elle ne leur dit pas non plus: Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices." Positiv gefaßt lautet das Prinzip: Elle ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: Avez-vous une intime conviction?" —

Wir können nun zwar denjenigen nicht beipflichten, welche die französische Gesetzgebung beschuldigen, als habe sie mit dieser Bestimmung „den Geschwornen die Weisung gegeben, ihren Spruch nach einem blos dunklen Fühlen und Meinen," nach einem „ungewissen Ahnen und Errathen" zu fällen [2]). Diese Beschuldigung muß weichen, wenn man in demselben Artikel liest, daß die Geschwornen sich fra-

1) Vgl. W. M. Best „Grundzüge des engl. Beweisrechtes" herausgegeben v. H. Marquardsen. Heidelb. 1851. S. 71 ff.; — Mittermaier das englische ꝛc. Strafverf. S. 324 ff. und 59; Biener „das engl. G. G. §. 30 und §. 54 und J. Glaser „das engl.-schott. Strafverf. §. 355 (die in den Berathungszimmern der Geschwornen angeschlagene Instruktion). —

2) S. Geib „die Reform des deutsch. Rechtslebens." Leipzig 1848 S. 135, 138. S. dagegen Köstlin Wendepunkt S. 111 und 112 und dessen Artikel in der deutsch. Vierteljahrsschrift 1846 I. S. 341 ff. Wir wollen jedoch hiemit keineswegs in Abrede stellen, daß der art. 342 von französischen Juristen in der irrthümlichen Weise wirklich aufgefaßt worden sei, sowie wir auch zugeben, daß weder die französische Doktrin noch Praxis von dem fraglichen Vorwurfe ganz freizusprechen sei. Vgl. Stemann „die Jury in Strafsachen" S. 256 ff.

gen sollen: „quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé et les moyens de sa defense.“ Denn danach soll die intime conviction nicht das Produkt des Gefühls, sondern des Verstandes sein, welcher die Stärke der gelieferten Anschuldigungs- und Entschuldigungsbeweise gegen einander abzuwägen habe [1]). Auch erlauben wir uns einigen Zweifel an der „Erscheinung, daß in Frankreich unter 24 Verdikten immer zehn falsch seien“. Wir wollen uns indessen hier in keine Diskussion darüber einlassen.

Dagegen ist es allerdings eine historisch feststehende und höchst bemerkenswerthe Thatsache, daß das französische Recht ausdrücklich alle und jede auch nur anweisende Regeln für die Würdigung des Beweises gänzlich verwirft: „La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plenitude et la suffisance d'une preuve.“ Hierin und nur hierin, nicht in dem Prinzip der freien Ueberzeugung, liegt der Unterschied zwischen dem englischen und französischen Rechte. Auch die englische jury giebt ihren Wahrspruch regelmäßig [2]) nach ihrer inneren freien Ueberzeugung; — aber ihre Ueberzeugung durch das law of evidence geleitet, während die französische conviction keine andere Leitung hat, als etwa das versteckt einwirkende resumé des Assisen-Präsidenten, welches mit der englischen charge des vorsitzenden Richters nur eine sehr entfernte Aehnlichkeit hat. Die charge ist Hinweisung auf die Regeln des law of evidence [3]) und Belehrung darüber; das resumé dagegen hat keinen solchen Anhaltspunkt, es ist frei und ungebunden, wie der Wahrspruch der Geschwornen selbst. In Frankreich wird das englische law of evidence durch die individuelle Einsicht und

---

Insbesondere kann allerdings die abgeschmackte Behauptung des sog. Wahrheits-Instinktes nicht streng genug getadelt werden.

1) Diese Auffassung findet sich auch bei Dernburg „Ueber den Werth und die Bedeutung der Schwurgerichte.“ Frankf. a. M. 1848 S. 17 u. 72 ff.

2) S. Mittermaier „das englische Strafverf.“ S. 326 u. 59.

3) Außerdem enthält sie auch noch Belehrung über die rechtliche Qualifikation der konkreten Handlung, wie der Vortrag des Schwurgerichtspräsidenten in Bayern nach Ges. v. 10. Nov. 1848 art. 171.

Erfahrung des einzelnen Assisenpräsidenten und der einzelnen jury vertreten. In Frankreich hängt es also vom Zufall ab, welche Summe von Einsicht und Erfahrung im konkreten Falle zur Findung der Wahrheit aufgeboten werde; England besitzt in seinem law of evidence eine Erbschaft an Einsicht und Erfahrung von Jahrhunderten, die in jedem konkreten Falle zuverläßig und unfehlbar zur Disposition steht und die Findung der Wahrheit erleichtert.

§. 24.

Fortsetzung.

So und nicht anders liegen die geschichtlichen Thatsachen vor uns.

Wenn wir also unsere Ansicht über das Prinzip für die Entscheidung der Thatfrage begründen wollen, so haben wir es nicht mit einer Wahl zwischen dem englischen und französischen Rechte zu thun [1]). Denn es besteht bezüglich des fraglichen Prinzips zwischen diesen beiden Rechten als Regel kein Gegensatz oder Unterschied. Beide erkennen als Regel die Entscheidung nach der freien Ueberzeugung an. Nur ausnahmsweise weicht das englische Recht in gewissen einzelnen Fällen von dieser Regel ab, so z. B. darf bei einer Anklage auf Hochverrath oder Meineid kein guilty ausgesprochen werden, wenn die Anklage nicht wenigstens durch zwei Zeugen bewiesen worden ist [2]). In solchen Fällen kommt es allerdings nicht bloß

---

1) Es ist daher jedenfalls ungenau gesprochen, wenn Geib „die Reform ꝛc. S. 138 von einem Vorzuge des law of evidence vor der intime conviction spricht. — Vgl. namentlich die höchst bemerkenswerthe Instruktion, welche in den Berathungszimmern der Geschwornen angeschlagen ist, bei Glaser „das engl.-schott. Strafverf." §. 355. Hier heißt es z. B. sub Nr. 4, der G. solle keinen Augenblick vergeßen, daß es der einzige Zweck der Schwurgerichte sei, daß jeder Geschworne den in Frage gestellten Punkt nach seiner persönlichen Ueberzeugung entscheide. Vgl. insbesondere auch noch Nr. 23 am Ende, wo es heißt: „Der Richter ist berechtiget, das Gesetz zu erklären, nicht den Wahrspruch zu diktiren; man ist ihm Achtung, aber keineswegs unbedingten Gehorsam schuldig." (Glaser hat hier nicht das Original, sondern eine französische Uebersetzung übersetzt. Der Verfasser bedauert es ebenso wie Glaser, daß ihm das Original nicht zur Hand war).

2) Best—Marquardsen a. a. O. §. 360 ff. Mittermaier „das engl. Strafverf." S. 326. Biener „das engl. G. G." S. 218 u. 219 bemerkt sogar, es sei „das Recht der Geschwornen, daß sie gegen die Evidenz sprechen können."

auf die Ueberzeugung der jury an. Dieſe iſt hier wirklich gebunden, inſoferne ſie, obgleich vorhanden, doch nicht zur Wirkung gelangen kann, wenn nicht die bindende geſetzliche Vorausſetzung erfüllt iſt. Allein exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.

Wir haben es hier lediglich mit dem Gegenſatze des Prinzips der freien Ueberzeugung und der bindenden (poſitiven oder negativen) Beweistheorieen zu thuen. Wenn wir nun behaupten, daß das Unterſuchungsprincip mit einer bindenden Beweistheorie unverträglich ſei, ſo will damit nicht geſagt ſein, daß nicht beide neben einander [1]) in einer und derſelben Geſetzgebung vorkommen können. Dem ſtünde die Geſchichte direkt entgegen. Wir führen nur ein Beiſpiel an: das bayeriſche Strafgeſetzbuch von 1813. Niemand wird leugnen wollen, daß dieſes Geſetzbuch für die Unterſuchung von Anfang bis zu Ende das Prinzip des Strebens nach materieller Wahrheit in ſeinem weiteſten Umfange anerkenne, — und dennoch enthält daſſelbe — man kann wohl ſagen — das äußerſte Extrem aller bindenden Beweistheorieen, die je im Strafproceſſe zu Tage gekommen ſind [2]). Allein das Unterſuchungsprinzip beſteht in jenem Geſetzbuche auch nur neben dieſer Beweistheorie; die Herrſchaft des Unterſuchungs-Prinzips iſt hier keine vollkommene, keine konſequent durchgeführte; — ja es fehlt hier dem Unterſuchungsprinzipe gerade die Hauptſache, das Wichtigſte; da, wo ſeine Herrſchaft erſt ihre eigentliche praktiſche Bedeutung erlangen ſoll, da hört ſie auf. Seine Herrſchaft erſtreckt ſich nämlich nicht auf das Reſultat der Unterſuchung. Was nützt es, daß der konkrete Fall auf's Allergründlichſte und Vollſtändigſte unterſucht und alle möglichen Erhebungen zur Herſtellung des wahren Sachverhaltes gepflogen werden, — wenn dann die hieraus gewonnene Ueberzeugung nicht die Entſcheidung geben darf, weil das Reſultat der Unterſuchung mit dieſer oder jener allgemeinen geſetzlichen Regel nicht übereinſtimmt? Die reife Frucht

1) So iſt wohl auch die Bemerkung Köſtlin's Wendep. S. 108 zu verſtehen, daß „ein Geſetzgeber, der das Unterſuchungsprinzip auch in ſeiner ſchroffſten Einſeitigkeit aufſtellte, dem, der die Unterſuchung geführt hat und hierauf das praktiſche Reſultat der Strafe gründen will, ebenſo gut aufgeben könne, daß er die Richtigkeit des durch die Unterſuchung Gewonnenen nach gewiſſen voraus beſtimmten feſtſtehenden Regeln rechtfertigen ſolle, als dies im Anklage-Proceß geſchehen könne."

2) Vgl. Mittermaier „die Lehre vom Beweis ꝛc." S. 22 ff.

der Unterſuchung, die Evidenz, die Ueberzeugung wird hier weggeworfen, weil ſie in keine der vom Geſetzgeber modellirten Formen paßt. Der Geſetzgeber, welcher eine poſitive Beweistheorie aufſtellt, hat im Voraus einige beliebige allgemeine mathematiſche Gleichungen aufgeſtellt, nach welchen die Schuld oder Nichtſchuld des Angeklagten hergeſtellt wird nach Art eines Rechenexempels. Bei einer poſitiven Beweistheorie ſind genau betrachtet alle künftigen Strafſälle ſchon vom Geſetzgeber ſelbſt durch die Beweisregeln bis zu einem gewiſſen Grade im Voraus entſchieden; der Geſetzgeber wirft ſich mit ſolchen Regeln ſelbſt zum Richter auf; einen Richter der Thatfrage im eigentlichen vollen Sinne des Wortes giebt es hier gar nicht mehr; denn was wir Thatfrage nennen, iſt durch derartige Regeln faſt ganz in Rechtsfrage umgewandelt [1]).

Ein mündliches unmittelbares Beweisverfahren bietet überdies mehrere Wahrheitserkenntnißmittel z. B. das Benehmen des Angeklagten und der Zeugen bei ihrer Vernehmung, die gar nicht in ein Syſtem bindender Beweisregeln aufgenommen werden können [2]) und auch noch nie in ein ſolches aufgenommen worden ſind. Sie gehen bei einer poſitiven bindenden Beweistheorie ganz verloren; ja die Mündlichkeit hat bei einer ſolchen Beweistheorie überhaupt kaum irgend einen Werth.

Jede bindende Beweistheorie, die negative ebenſo wie die poſitive, beruht auf Fiktionen und Präſumtionen der Schuld oder Unſchuld. Die poſitive Beweistheorie, wie z. B. die des bayeriſchen Strafgeſetzbuches von 1813, enthält ſogar eine doppelte Präſumtion, eine poſitive und eine negative. Die poſitive Präſumtion beſteht darin, daß ein für alle Mal vom Geſetzgeber im Voraus angenommen wird, die Schuld ſei vorhanden, ſobald das von ihm beliebte Beweisquantum und Beweisquale vorliege. Die negative Präſumtion beſteht darin, daß die Schuld als nicht vorhanden angenommen wird, wenn das fragliche Beweisquale und Beweisquantum nicht vorliegt [3]).

---

1) Ganz richtige Bemerkungen hierüber finden ſich unter Anderen auch bei J. v. Rudhart a. a. O. S. 61 ff.

2) Die Einſicht hievon liegt in L. 3 §. 1 u. 2 D. de testibus (22, 5) ausgeſprochen.

3) Es ließe ſich allerdings auch eine poſitive Beweistheorie denken, welche

Die negativen Beweistheorieen dagegen, es mag ihr zur Verurtheilung nothwendiges Beweisquantum (Beweisminimum) noch so sehr reducirt sein, enthalten doch immer die negative Präsumtion, daß die Schuld überall nicht vorhanden sei, wenn das fragliche Beweisquantum nicht vorliege.

Es besteht nun allerdings zwischen einer solchen negativen Beweistheorie und jener positiven der große Unterschied, daß bei der letzteren die richterliche Ueberzeugung geradezu für null erklärt wird, während dieselbe bei der ersteren eine conditio sine qua non für die Verurtheilung bildet. Allein von einer vollkommenen Geltung derselben kann auch bei dieser nicht die Rede sein [1]); sie wird vielmehr auch hier außer Wirkung gesetzt, sobald das Beweisminimum nicht vorhanden ist. Auch mit einer negativen Beweistheorie wirft sich der Gesetzgeber zum Richter auf, wenn auch nicht in demselben Maaße, wie mit einer positiven. Denn auch hier hat er durch seine Prohibitivregeln im Voraus alle diejenigen Fälle entschieden, in welchen das von ihm beliebte Maaß des Beweises nicht voll werden soll.

Wenn nun das Untersuchungsprinzip oder der Grundsatz des Strebens nach materieller Wahrheit den Sinn hat, daß dem urtheilenden Richter der konkrete Fall seinem wahren Sachverhalte nach in allen seinen Einzelnheiten und Eigenthümlichkeiten vor Augen

---

nur jene positive, affirmative, nicht die negative Präsumtion enthielte; wenn nämlich vorgeschrieben wäre, daß unter der Voraussetzung einer bestimmten Anzahl und Beschaffenheit der Beweismittel verurtheilt werden müsse, — daß aber außerdem auch noch verurtheilt werden könne.

1) Es ist in der That unbegreiflich, wie Bienер, welcher ganz richtig einsieht, daß die bindende Beweistheorie dem Anklageprinzip angehöre und daß das Inquisitionsprinzip die Freiheit der richterlichen Ueberzeugung verlange, dennoch einer bindenden Beweistheorie das Wort reden und zugleich die Herrschaft des Inquisitionsprinzipes als nothwendig anerkennen kann. Er bemerkt, „die Schwierigkeit der Vereinigung dieser widerstrebenden Prinzipien sei nicht so übermäßig groß, wenn wir bedenken, daß schon unsere bisherige gemeinrechtliche Beweistheorie neben dem, im accusatorischen Processe liegenden, Grundsatze anerkannter, in ihrer Form bestimmter Beweismittel dem Inquisitionsprinzipe d. h. der richterlichen Ueberzeugung vollen Raum verstattet habe.“ S. dessen Abhandl. II S. 162. Es fragt sich hier, was Biener unter der „bisherigen gemeinrechtlichen Beweistheorie“ verstehe, da bekanntlich streitig ist, worin diese bestanden habe. Soviel ist aber gewiß, daß, wenn man sie auch auf das geringste Maaß reducirt, doch nicht behauptet werden kann, sie habe der richterlichen Ueberzeugung vollen Raum gelassen. —

gestellt werden solle, um ihn seiner Individualität gemäß würdigen zu können, so wird jenem Prinzipe offenbar die Spitze abgebrochen, wenn an die Stelle der konkreten, individuellen Würdigung des Falles die Entscheidung nach einer allgemeinen von anderen Fällen abstrahirten Regel gesetzt wird [1]). Das Konkrete und Individuelle wird hier unerwarteter Weise wieder als Abstraktes und Allgemeines d. h. nach allgemeinen und abstrakten Regeln und Formeln behandelt.

Dies gilt aber ebenso von der negativen, wie von der positiven Beweistheorie; denn auch jene besteht aus allgemeinen, von mehr oder weniger Fällen abstrahirten Regeln. Mögen diese Regeln an und für sich auch noch so trefflich sein, sie stehen mit dem Grundsatze der konkreten, individuellen Würdigung doch stets im Widerspruche, und es kann nicht geleugnet werden, daß es eine Inkonsequenz sei, solche Regeln aufzustellen und doch zugleich das Untersuchungsprinzip anzuerkennen.

Als inkonsequent müssen daher auch jene vom Prinzip der freien Ueberzeugung abweichenden Ausnahmsregeln des englischen Rechts bezeichnet werden, und wir wiederholen unseren oben aufgestellten Satz, daß mit dem konsequent durchgeführten Untersuchungsprinzipe jede Beweisregel unverträglich sei, durch welche dem Prinzip der Entscheidung der Thatfrage nach der freien Ueberzeugung des Richters irgend Abbruch gethan wird. Indem daher die neuere deutsche Straf-Proceßgesetzgebung nach dem Vorgange der französischen sowohl die negativen wie die positiven Beweistheorieen verworfen [2]) und das Prinzip der Thatfrageentscheidung nach der freien Ueberzeugung des Richters zur Geltung gebracht hat, so vermögen wir darin nur eine ganz naturgemäße und richtige Durchbildung des Untersuchungsprinzipes zu erblicken, wegen welcher sie nicht Tadel, sondern Anerkennung zu gewärtigen hatte.

Uebrigens scheint sich hiezu auch die neuere Doktrin billigend zu verhalten und zu der Verwerfung der positiven bindenden Beweistheorie auch die der negativen hinzuzufügen [3]).

1) Vgl. auch Köstlin „Wendepunkt" S. 118, 120.

2) Vgl. z. B. das bayer. Ges. v. 12. Mai 1848 art. 2; ferner das St. P. G. v. 10. Nov. 1848 art. 171 u. 323; bayer. Entwurf v. 1851 art. 95, art. 436 u. 470.

3) Unter der neueren Doktrin verstehen wir die Doktrin seit dem Jahre 1848,

§. 25.

Schluß.

Es ist insbesondere höchst bemerkenswerth, welche Stellung neuerlich Mittermaier[1]) der negativen Beweistheorie gegenüber eingenommen hat. „Der Verfasser der gegenwärtigen Abhandlungen", so lauten seine Worte, „hatte seit einer Reihe von Jahren jene Art der Beweistheorie vertheidigt, welche in der badischen Strafproceß-Ordnung zum Grunde gelegt ist, und sich insbesondere bemüht, in Bezug auf den Indicienbeweis Vorschriften vorzuschlagen, durch welche im Interesse der Unschuld das Ermessen der Richter theils geleitet, theils beschränkt werden sollte. Wiederholtes Nachdenken und Besprechungen mit Praktikern haben ihn zur Ueberzeugung gebracht, daß zwar eine Beweistheorie in dem Sinne, wie das englische Recht Beweisregeln (rules of evidence) für Geschworne aufstellt, wünschenswerth und zweckmäßig ....., dagegen eine gesetzliche Beweistheorie selbst in der Auffassung, wie sie in der badischen Strafproceßordnung aufgestellt ist, nachtheilig sei".

Mittermaier führt sodann für die Richtigkeit seiner Behauptung mehrere Gründe an, z. B., daß es sehr gewagt sei, „dasjenige, was im gewöhnlichen Laufe der Begebenheiten die Erfahrung als regelmäßig an die Hand gebe, zu einer gesetzlichen Regel für alle Fälle zu erheben, weil jeder scheinbar geringfügige Nebenumstand die Anwendung der Regel modificire und so die Richter durch die allgemeine Regel irregeleitet werden", ferner, „daß alle Beweisregeln des Gesetzes, wenn sie noch so sorgfältig ausgedrückt seien, zuletzt doch nur auf die Ueberzeugung des Richters verweisen", sodann, daß „der Versuch, auf welchen alle neuen Beweistheorien bauen, nämlich den sogenannt natürlichen und den künstlichen Beweis von einander zu trennen, auf keiner sicheren Grundlage beruhe" u. s. w.

In ähnlicher Weise äußert sich Mittermaier wiederholt in seiner Vorrede zu Best—Marquardsen's Grundzügen des eng-

---

dem „Wendepunkte" des Strafverfahrens in Deutschland. Die bindenden Beweistheorieen hatten aber schon früher sachverständige Gegner. Vgl. z. B. Molitor „Erfahrungen im Gebiete der Kriminalrechtspflege" in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren von Jagemann und Nöllner Bd. III. 1843 S. 40.

1) In der Einleitung zu Feuerbach's „Aktenmäßige Darstellung merkwürdiger Verbrechen" 3. Aufl. Frankf. a. M. 1849 S. 19.

lischen Beweisrechts. Er verwahrt sich ausdrücklich dagegen, daß er mit dem Lobe des englischen Beweisrechts „der Wiedereinführung der bisherigen deutschen gesetzlichen Beweistheorie das Wort sprechen wollte". Ja noch mehr, er erklärt sich auch gegen die in Vorschlag gebrachte amtliche Abfassung einer den Geschwornen zu ertheilenden Instruktion, „als einer Anleitung zur Beurtheilung der Beweise", nach Art des Code of evidence von Livingstone für Louisiana oder des neuen Code of procedure für Neuyork vom Jahre 1850, — und zwar aus dem Grunde, weil eine solche Instruktion, wenn sie sich nicht in Einzelnheiten einließe, nichts nützen, dagegen bei einem Eingehen in's Detail zu einer solchen Masse von Regeln anwachsen würde, daß die Geschwornen sich in denselben unmöglich zurecht finden könnten [1]).

Sein auf die Natur der Sache und Erfahrung gestützter Vorschlag geht auf Nachahmung der englischen Einrichtungen hin, und Biener [2]) scheint sich demselben nunmehr auch anzuschließen.

Ebenso glauben wir die Bemerkung Köstlin's [3]), daß es „keinem besonnenen Vertheidiger des Geschwornenprocesses einfalle, die Brauchbarkeit, ja Nothwendigkeit dieser Regeln in Abrede zu stellen" so auslegen zu dürfen, daß er damit nicht der Herrschaft irgend einer bindenden gesetzlichen Beweistheorie, sondern lediglich einem dem englischen analogen Beweisrechte das Wort reden wolle.

Dieser Ansicht schließt sich auch der Verfasser an und stimmt insoferne, aber auch nur insoferne, in den Tadel des französischen Rechts ein, als dieses keine dem englischen ähnliche Beweisregeln besitzt. Es ist zwar richtig, wenn Köstlin bemerkt, „eine Sitte lasse sich nicht künstlich nachschaffen", und das englische law of evidence ist fast durchgehends nichts Anderes, als Gewohnheitsrecht oder Rechtssitte. Wir können darum auch in den Tadel der neueren deutschen Gesetzgebung nicht einstimmen, wenn denselben vorgeworfen wird, daß sie kein law of evidence zu schaffen vermochten. Dagegen kann es allerdings auffallend gefunden werden, daß sich in Frank-

1) a. a. O. S. XVI. u. XXV.

2) Das engl. G. G. §. 54 S. 159.

3) Wendepunkt S. 111. Obige Auslegung wird auch vollkommen gerechtfertiget durch das, was Köstlin in seiner späteren Schrift „das Geschwornengericht für Nichtjuristen" S. 200 hierüber bemerkt.

reich noch nicht einmal ein Anſatz zu ſolchen rules vorfindet, da doch daſelbſt der Schwurgerichtsproceß ſeit mehr als einem halben Jahrhundert beſteht. Dieſe Erſcheinung erklärt ſich indeſſen zum Theil dadurch, daß es in der franzöſiſchen Geſetzgebung an den Vorbedingungen hiezu fehlt, unter denen wir nur Eine hervorheben wollen, nämlich die gänzlich unparteiiſche Stellung des Präſidenten [1]). Die Handhabung der rules of evidence iſt in England vorzugsweiſe Sache des vorſitzenden Richters; dieſer iſt das lebendige law of evidence; ſeine Beobachtung iſt eine der Hauptſorgen deſſelben; ja dieſes law of evidence iſt auch geſchichtlich zum großen Theile eine Schöpfung der vorſitzenden Richter Englands.

Wenn es nun richtig iſt, was von allen Beobachtern [2]) der engliſchen Strafrechtspflege als ſichere Thatſache bezeugt wird, daß die jury in England den Belehrungen der vorſitzenden Richter über das law of evidence mit dem größten Vertrauen Folge leiſtet, ſo ſcheint uns eine der Haupturſachen hievon darin zu liegen, daß der vorſitzende Richter in England nicht, wie der franzöſiſche Aſſiſenpräſident, die Funktion des Inquirenten hat, und nur ausnahmsweiſe die Zeugen und Sachverſtändigen vernimmt [3]). Denn wenn der

---

1) Vgl. auch Mittermaier in der Vorrede zu Beſt — Marquardſen „Grundzüge“ ꝛc. S. XXV. und deſſen „Engliſches Strafverf. S. 305 u. 431 ff. Was Stemann a. a. O. S. 262 zu der Vermuthung führt, daß Frankreich auf dem Wege ſei, zu einem law of evidence zu gelangen, kann wohl noch nicht als ein wahrer Anfang bezeichnet werden.

2) So z. B. von Rüttimann, Mittermaier u. Stemann a. a. O. S. 293: „die unbedingte Annahme der vom vorſitzenden Richter geäußerten Meinung bildet in England bei dem hohen Anſehen, deſſen ſich dort die Aſſiſenrichter zu erfreuen haben, ſo ſehr die Regel, daß eine Abweichung davon zu den auffallendſten Erſcheinungen gehört.“ —

3) Für die Uebertragung des Zeugenverhörs auf den Staatsanwalt und den Vertheidiger hat ſich auch F. L. Keller in der von ihm mit einigen Zuſätzen herausgegebenen Schrift des Vicepräſidenten des kgl. preuß. Obertribunals Dr. A. W. Götze: „Ueber die preuß. Schwurgerichte und deren Reform“ Berlin 1851 S. 66 ausgeſprochen. — Früher ebenſo für die engliſche Einrichtung Rüttimann „Ueber die engl. Strafrechtspflege“ Zürich 1837 S. 92. — Das Unterſuchungsprinzip d. i. das Streben nach materieller Wahrheit, deſſen Herrſchaft wir nicht auf das Stadium der Voruntersuchung beſchränken, ſondern auch auf das Hauptverfahren ausgedehnt wiſſen wollen, ſtünde der engliſchen Einrichtung nicht entgegen, indem dieſe ſich nach der richtigen Anſicht Keller's gerade zum Behufe der Ermittelung der Wahrheit ganz beſonders empfiehlt.

vorſitzende Richter ſelbſt den Angeklagten inquirirt und die Zeugen ꝛc. vernimmt, kurz die ganze Beweisproduktion beſorgt, — wer ſoll dann, vorausgeſetzt, daß es ein law of evidence gebe, darüber wachen, daß daſſelbe bei der Beweisverhandlung eingehalten werde, und wer ſoll dann die unparteiiſche Belehrung darüber geben, welche Beweisregeln im konkreten Falle in Anwendung zu bringen ſeien? — Es giebt eine Reihe von Regeln des engliſchen Beweisrechts, die ihren Grund lediglich in ſpecifiſch engliſchen Proceßinſtituten und ohne dieſe keinen Sinn haben. S. z. B. die Regel, daß eine bloß auf Hörenſagen beruhende Zeugenausſage unzuläßig ſei. Dieſe Regel hat 2 Gründe, von denen der Eine in dem engliſchen Inſtitute der cross-examination (Kreutzverhör) liegt. Abgeſehen nämlich davon, daß in der Mittheilung deſſen, was ein Zeuge von einer anderen nicht vor Gericht ſtehenden Perſon gehört hat, eine nicht eidlich bekräftigte Depoſition enthalten wäre, iſt eine ſolche Mittheilung auch aus dem Grunde nicht zuläßig, weil der Angeklagte, wie der Ankläger, in England das Recht hat, jeden Zeugen, der in ſeiner Sache vor den Geſchwornen eine Ausſage macht, in's Kreutzverhör zu nehmen, — was bei demjenigen, deſſen Ausſagen nicht von ihm ſelbſt, ſondern von einem Anderen vor Gericht gemacht werden, nicht möglich iſt [1]).

Will man ein dem engliſchen ähnliches law of evidence, ſo muß man ſich auch mit deſſen Vorausſetzungen befreunden. Das engliſche law of evidence bedarf vor Allem eines Aſſiſenpräſidenten, der dem vorſitzenden Richter in England gleicht. Wir glauben, daß ohne dieſen auch die von Köſtlin [2]) anempfohlenen „populären Darſtellungen der durch die Erfahrung bewährten und wiſſenſchaftlich gerechtfertigten Beweisgrundſätze" uns nicht zu den wohlthätigen Wirkungen des engliſchen law of evidence zu verhelfen vermögen. Der franzöſiſche Aſſiſenpräſident iſt unſerer Anſicht nach

---

Indeſſen verſteht ſich wohl von ſelbſt, daß man weder dem Staatsanwalte, noch dem Vertheidiger die Befugniß geben kann, den Angeklagten förmlich in's Verhör zu nehmen. Ein förmliches Verhör mit dem Angeklagten ſollte in der Hauptverhandlung gar nicht, auch nicht vom Präſidenten angeſtellt werden. Die Frage, ob er geſtehen wolle, muß genügen. Ebenſo verſteht es ſich aber von ſelbſt, daß der Vorſitzende, wie jeder Richter (Geſchworne) das Recht haben muß, an die Zeugen einzelne Fragen zu ſtellen!

1) Vgl. Mittermaier „Das engl. ꝛc Strafverf." S. 327.

2) Das G. G. für Nichtjuriſten S. 200.

unfähig zur Handhabung der rules of evidence, wie sie der englische vorsitzende Richter übt. Erst wenn wir diesen haben, kann die Hoffnung Biener's [1]) in Erfüllung gehen, „daß auf diesem (von Mittermaier angedeuteten) praktischen Wege aus der allgemeinen Grundlage unserer deutschen Wissenschaft und aus der Berücksichtigung mancher in England sehr zweckmäßig aufgestellter Grundsätze bald eine hinlänglich ausgebildete Beweislehre hervorgehen werde".

Wie dem aber auch sein möge, so viel steht fest, und darin scheinen alle Stimmfähigen übereinzustimmen, daß eine Rückkehr zu irgendwelcher gesetzlichen bindenden Beweistheorie unmöglich ist.

2. Kapitel.

Von den Voraussetzungen der Urtheilsanfechtung.

§. 26.

I. Allgemeine Voraussetzungen.

Schon bei der Begründung des Rechtsinstitutes der Urtheilsanfechtung hat sich uns ergeben, daß diese keine unbeschränkte, grenzenlose sein könne; daß zwar der Staat die Geltendmachung des Zweifels an der Richtigkeit seiner Strafurtheile gestatten, diesem Zweifel aber Maaß und Ziel setzen müsse [2]). Es ist nun die Aufgabe, zu ermitteln, welche Grenzen der Urtheilsanfechtung zu setzen seien.

Wir glauben sie aus der Natur der Sache selbst schöpfen zu müssen; denn es wird sich zeigen, daß keine der bestehenden Gesetzgebungen und keines der bekannten Rechte jene Aufgabe in völlig befriedigender Weise gelöst hat. Die Gesetzgebungen sind hiebei alle mehr oder weniger willkührlich verfahren; sie haben hier mehr

1) Das engl. G. G. §. 54 S. 159. — Indessen mag immerhin von einem Gesetzgeber der Versuch gemacht werden, ob sich nicht die Ausbildung eines law of evidence dadurch erzielen lasse, daß den Assisenpräsidenten aufgetragen werde, am Schlusse der Verhandlungen den Geschwornen einen der englischen charge ähnlichen Vortrag zu halten. Niemand wird sich über einen glücklichen Erfolg mehr freuen, als der Verfasser. An der persönlichen Fähigkeit unserer Präsidenten zur Erfüllung eines solchen Auftrags wird es sicherlich nicht fehlen. Vor Allem aber dürfte es von den Gesetzgebern mit dem Erfoderniße der intellektuellen Bildung der Geschwornen etwas genauer zu nehmen sein.

2) S. oben S. 73.

erfunden, als gefunden, weniger gesucht und untersucht, als beliebig konstruirt. Vorerst sind die natürlichen Grenzen zu suchen; sind erst diese aufgefunden, so mag dann das Uebrige von der Gesetz-Gebung nach Umständen und Zweckmäßigkeit leicht geregelt werden.

Die natürlichen Bedingungen werden sich nun größtentheils aus einer näheren Betrachtung des Gegenstandes der Anfechtung ergeben; es wird sich dort namentlich zeigen, ob und inwieferne eine Anfechtung mit der Natur des Urtheiles nach seinen einzelnen Bestandtheilen verträglich sei. Eine ganz allgemeine, für alle Urtheils-Anfechtung giltige Voraussetzung läßt sich aber aus einer anderen, viel näher liegenden Quelle schöpfen. Sie ergiebt sich schon bei der Betrachtung des rein subjektiven Zweckes des Anfechtenden, liegt also schon in dem Willen des letzteren selbst.

Ein richterliches Urtheil oder überhaupt eine richterliche Handlung anfechten ist nämlich nichts Anderes, als sie für fehlerhaft (im weitesten Sinne des Wortes) erklären [1]). Der nächste Zweck des Anfechtenden wird hiebei überall der sein, die fragliche Fehlerhaftigkeit auch Anderen (durch Angabe der Gründe) zur Erkenntniß zu bringen.

Allein hiemit wird gewöhnlich das Ziel, der Endzweck oder die Absicht desselben nicht erreicht sein. Diese wird vielmehr darauf gerichtet sein, eine Aenderung des Inhaltes des richterlichen Urtheils oder der richterlichen Verfügung herbeizuführen. Dies gilt ebenso für den Fall, wenn der Staat durch sein hiezu bestelltes Organ (die Staatsbehörde oder Staatsanwaltschaft als Wäch-

1) Daß sich jede Anfechtung eines richterlichen Urtheiles oder überhaupt einer richterlichen Handlung auf einen Fehler in diesem Urtheile oder in dieser Handlung stützen müsse, es mag nun derselbe wirklich vorhanden sein oder von dem Anfechtenden bloß behauptet werden, versteht sich wohl von selbst. Wir brauchen uns hier um so weniger auf diesen Punkt weiter einzulassen, als sich schon aus obiger Begründung des Instituts ergiebt, daß dasselbe die allgemeine Bestimmung (τέλος) habe, Fehler der Gerichte zu korrigiren. Wir glauben aber ausdrücklich bemerken zu müssen, daß das Wort „Fehler" hier nicht in dem engeren Sinne eines durch Richters Schuld (error aut malitia) herbeigeführten Fehlers gebraucht sei, sondern in der weiteren, von der Quelle des Fehlers ganz abstrahirenden Bedeutung, — wofür wir uns vielleicht auch des Ausdruckes „objektiver Unrichtigkeit" hätten bedienen können. Wir werden nämlich sehen, daß das Urtheil auch ohne alle Schuld des Richters fehlerhaft oder unrichtig sein und auch in diesem Falle angefochten werden kann. S. namentlich unten von dem Rechtsmittel der Revision oder Wiederaufnahme des

terin des Geſetzes oder Vertreterin der Gerichtsherrlichkeit [1]), ſelbſt das Urtheil oder die Verfügung angreift, wie für den Fall, wo dieſer Angriff von dem Angeklagten oder Verurtheilten ausgeht.

Die einzige Ausnahme hievon bildet die ſogenannte Beſchwerde zur Wahrung oder im Intereſſe des Geſetzes (cassation dans l'intérêt de la loi), welche im franzöſiſchen Rechte [2]) und den ihm folgenden neueren deutſchen Geſetzgebungen [3]) der Staatsbehörde zuſteht. Eine ſolche Beſchwerde iſt zwar auch Anfechtung eines richterlichen Ausſpruches; aber weder Zweck noch Wirkung derſelben beziehen ſich auf eine Aenderung desjenigen Urtheiles, welches ſie veranlaßt hat [4]). Ihr Zweck iſt ein rein disziplinärer; er iſt nämlich auf Herſtellung einer korrekten Geſetzesanwendung gerichtet; daher ſie auch nur der Staatsbehörde zuſtehen und gleichſam intra parietes verhandelt werden kann. Sie iſt alſo gar kein Rechtsmittel im eigentlichen Sinne des Wortes.

Abgeſehen von ihr kann nun aber auch keine Urtheilsanfechtung einen anderen Zweck haben, als den einer Aenderung des angefochtenen Urtheiles. Denn die Urtheilsanfechtung muß doch ein beſtimmtes Reſultat bezwecken, wenn ſie nicht von vorneherein als Spielerei erſcheinen will, welcher der Geſetzgeber die Thüre verſchließen muß. Das einzig denkbare Reſultat, welches bei einer Urtheils-Anfechtung bezweckt werden kann, iſt aber offenbar eine Aenderung

---

Strafverfahrens. Später werden wir uns des Wortes in jener engern Bedeutung bedienen müſſen, namentlich in dem Kapitel von dem Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeſchwerde.

1) Vgl. Herrmann, über den „Begriff der Staatsanwaltſchaft" Arch. des Krim. R. 1852 St. 3 Nr. XIV. S. 289 ff.

2) Cod. d'instr. crim. art. 409 u. 442. Vgl. Morin „Diction. du droit crim". Paris 1842 sub voce „cassation" §. 10 S. 137; Rogron „Les codes franc. expliqués" 3. ed. II. part. Paris 1847 S. 383 ff.; H. Höchſter „Lehrb. des franz. Strafproc." Bern 1850 §. 338.

3) z. B. nach dem bayer. Geſ. v. 10. Nov. 1848 art. 254 — 262.

4) Eine indirekte Wirkung zu Gunſten eines durch das angefochtene Erkenntniß Verurtheilten beſteht nach bayeriſchem Rechte darin, daß der oberſte Gerichtshof gemäß art. 261 des Geſ. v. 10. Nov. 1848 in Folge ſeines Ausſpruches, daß durch das Verfahren resp. durch das Urtheil das Geſetz verletzt worden ſei, nach Befund der Sache einen Begnadigungsantrag an den König ſtellen kann. Vgl. auch noch über den art. 441 des Code d'instr. crim. Morin und Rogron a. a. O.

des Urtheils. Die Gesetzgebung muß also das für nothwendig erklären, was ohnehin schon im Willen des Anfechtenden liegt, insoferne derselbe nicht etwa unvernünftig ist; sie muß verlangen, daß der Grund der Urtheilsanfechtung d. i. der Fehler, worauf diese sich stützt, mit dem Inhalte des Urtheils im Kausalzusammenhange stehe, oder was dasselbe ist, daß das von der Anfechtung erwartete Resultat zu der gerichtlichen Handlungsweise, welche der Anfechtende als die richtige (von dem Gerichte aber nicht eingehaltene) bezeichnet, in dem Verhältnisse einer Wirkung zur Ursache stehe.

Dieses Erforderniß darf jedoch nicht so verstanden werden, als ob der Kausalzusammenhang zwischen dem Fehler und dem Inhalte des Urtheils immer ein nothwendiger sein müsse. Der Gesetzgeber darf die Urtheilsanfechtung nicht auf die Fälle beschränken, wo nachgewiesen werden kann, daß der angebliche Fehler die zwingende Ursache oder der nöthigende Grund gewesen sei, warum der Inhalt des Urtheils so und nicht anders lautete. Er kann nicht den Nachweis verlangen, daß dieses oder jenes von dem angefochtenen verschiedene Urtheil hätte gesprochen werden müssen, wenn der fragliche Fehler nicht vorgekommen wäre; mit anderen Worten: das Resultat, welches der Anfechtende bezweckt, braucht nicht die nothwendige Folge der von dem Fehler freien gerichtlichen Handlungsweise zu sein. Es muß vielmehr die Anfechtung auch da gestattet sein, wo dieses Resultat auch nur möglich, wo jener Kausalzusammenhang ein auch nur möglicher ist. Die Ausschließung in diesen Fällen würde zu den größten Ungerechtigkeiten führen. Beispiele werden dies anschaulicher machen.

Wenn Gajus wegen einfachen Diebstahls zu 10 Jahren Zuchthaus verurtheilt worden ist, so kann er zeigen, daß ein anderes Urtheil hätte gesprochen werden müssen, wenn die Richter das Gesetz nicht fehlerhaft angewendet haben würden; der Kausal-Zusammenhang zwischen dem Fehler und dem Inhalte des Urtheils ist hier ein nothwendiger. Wenn aber mit Verletzung des Gesetzes ein Zeuge nicht vernommen worden ist, den Gajus in Vorschlag gebracht hat, so wird er einen solchen Nachweis nicht liefern können, er wird nicht apodiktisch behaupten können, daß das Urtheil anders und wie es hätte lauten müssen, wenn der Zeuge vernommen worden wäre; er wird nur behaupten können, daß vielleicht, — im

beſten Falle „wahrſcheinlich“ — ein anderes Urtheil geſprochen worden wäre; jener Kauſalzuſammenhang iſt hier ein nur möglicher. Soll nun aber in dieſem und ähnlichen Fällen die Urtheilsanfechtung ausgeſchloſſen ſein? Gewiß nicht!

Wo jedoch ein ſolcher Kauſalzuſammenhang nicht einmal möglich oder denkbar iſt, da kann auch keine Urtheilsanfechtung ſtatthaft ſein. Die Geſetzgebung darf eine Urtheilsanfechtung nur unter der Vorausſetzung zulaſſen, daß ſie ſich auf einen Fehler beziehe, deſſen Verbeſſerung eine Aenderung des Urtheils wenigſtens zur Folge haben kann.

Dies ſtimmt auch mit obiger Begründung des Inſtituts vollkommen überein. Denn daraus, daß der Staat ſo viel wie möglich nach Richtigkeit ſeiner Strafurtheile ſtreben und demgemäß die letzteren der Anfechtung ausſetzen müſſe, folgt offenbar nicht mehr, als daß die Vernichtung eines Urtheiles nur dann geboten ſei, wenn an die Stelle des vernichteten ein anderes (richtiges) Urheil geſetzt werden kann. Wo eine ſolche Möglichkeit nicht gegeben oder gar von vorneherein die Unmöglichkeit der Aenderung vorhanden iſt, da wäre die Anfechtung ein bloßes Spiel, welches ebenſo mit der Beſtimmung des Inſtituts, als mit der Würde eines öffentlichen Organes unverträglich iſt.

Gerade dieſe Würde, welche den Gerichten als öffentlichen Organen zukommt, führt uns zu einem noch weiteren allgemeinen Erforderniſſe für alle Urtheilsanfechtung. Wir halten nämlich die bloße Exiſtenz jenes Kauſalzuſammenhanges nicht für genügend; glauben vielmehr, daß die Geſetzgebung von dem Anfechtenden auch die ausdrückliche Behauptung, die ſpezielle Anführung und den Nachweis deſſelben verlangen müſſe. Der Grund hievon liegt in dem normalen Verhältniſſe des Einzelnwillens zum Geſammt- oder Staatswillen oder der Staatsangehörigen zu den Staatsbehörden.

Die bloße Behauptung der Unrichtigkeit des Urtheiles ohne alle Begründung oder gar die bloße Erklärung der Anfechtung iſt nämlich nichts Anderes, als ein einfacher Widerſpruch, eine bloße Negation des einzelnen Individuums. Obwohl nun aber die Gerichte der Möglichkeit des Irrens ꝛc. unterworfen ſind, und ihre Urtheile überhaupt unrichtig ſein können, ſo bleiben ſie doch immerhin Organe des Staates ſelbſt und ihren Handlungen ſteht immerhin die Vermuthung der Richtigkeit zur Seite, — eine Vermuthung, ohne

welche alle Justiz überhaupt aufhören müßte. Diese Vermuthung ist zwar keine praesumtio juris et de jure, gegen welche gar kein Widerspruch oder Zweifel aufkommen könnte; aber sie ist doch eine gesetzliche oder rechtliche Vermuthung, die nicht durch eine bloße Negation, sondern nur durch einen motivirten Widerspruch im konkreten Falle beseitigt werden kann. Der Staat darf zwar diese Vermuthung nicht so fest stellen, daß er dem Zweifel an der Richtigkeit der Urtheile alle Geltendmachung abschnitte; — aber er kann und muß wohl fodern, daß dieser Zweifel, falls er berücksichtiget werden will, in gehöriger Form d. h. als ein begründeter auftrete. Erst durch die Begründung erhält die Anfechtung ihre Berechtigung. Von der unmotivirten Anfechtung könnte mit Recht behauptet werden, was Wiest von der Anfechtung überhaupt (freilich mit Unrecht) behauptet hat, daß „ein solches Verhältniß der inneren Natur und der Würde eines Gerichtes nicht angemessen sei." Die Zulassung einer unmotivirten Anfechtung heißt in der That das normale Verhältniß des Einzelwillens zum Gesammtwillen völlig umkehren.

Daher scheinen auch die Bestimmungen des art. 236 Abs. 3 und des art. 239 Abs. 1 des bayerischen Ges. v. 10. Nov. 1848 nicht gebilliget werden zu können, indem sie nur dem Staatsanwalte, nicht auch dem Angeklagten die Verbindlichkeit auferlegen, in der Nichtigkeitsbeschwerde bestimmte Beschwerdepunkte anzuführen [1]), sowie wir auch damit nicht übereinstimmen können, daß in art. 239 Abs. 1 l. c. anstatt der Verpflichtung, die Beschwerdegründe in einer Denkschrift näher auszuführen, eine bloße Befugniß hiezu aufgestellt ist. Es will zwar hiemit keine weitläufige Deduktion gefodert werden; aber eine „gedrängte Motivirung," wie sie z. B. die braunschweigische Straf-Proceßordnung vom 22. Aug. 1849 art. 160 fodert, oder eine „Rechtfertigung", wie sie die hannover'sche v. 8. Nov. 1850 §. 216 fodert, scheint in der That nicht zu Viel verlangt zu sein [2]).

---

1) S. auch v. Scheuerl „Erläuternde Anmerkungen zu der neuen St. P. O. für das diesrhein. Bayern München 1848 S. 141. Die einzige Ausnahme von dieser Begünstigung des Angeklagten besteht wie aus der Fassung des art. 231 Ziffer 16 hervorgeht, für den Fall, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde wegen der Mitwirkung eines nach art. 76 untauglichen Geschwornen erhoben werden will.

2) Wir werden unten bei der Nichtigkeitsbeschwerde hierauf zurückkommen.

Etwas Anderes ſind aber die ſog. nothwendigen Urtheils-Reviſionen, wie ſolche unter verſchiedenen Namen in faſt allen Rechten insbeſondere bei Todesurtheilen vorkommen [1]). Dieſes Inſtitut iſt gar nicht unter den Geſichtspunkt der Rechtsmittel zu ſtellen, daher wir auch mit demſelben hier gar nichts zu ſchaffen haben.

§. 27.

II. Von den Vorausſetzungen für die Anfechtung der einzelnen Beſtandtheile des Urtheils.

Nachdem nun feſtgeſtellt iſt, daß der Zweck einer Urtheilsanfechtung überall kein anderer ſein könne, als der einer Aenderung oder Verbeſſerung des Urtheils, ſo entſteht jetzt die weitere Frage, ob dieſer Zweck auch bei jeder Urtheilsanfechtung erreichbar ſei oder nicht, und welche Schranken derſelben mit Rückſicht auf den bezeichneten Zweck geſetzt ſeien.

Ehe wir aber dieſe Frage beantworten können, muß offenbar ermittelt ſein, woraus dieſe Beantwortung zu ſchöpfen ſei. Wir haben bereits oben [2]) bemerkt, daß wir uns bei Aufſuchung der Grenzen der Urtheilsanfechtung an die Natur der Sache ſelbſt halten, alſo nicht willkührlich Grenzen erfinden, ſondern die natürlichen Grenzen aufſuchen wollen, — eingedenk der Worte Montesquieu's [3]): „Les lois dans la signification la plus étendue sont les rapports nécessaires, qui derivent de la nature des choses.“

Was iſt nun aber hier die Natur der Sache? Offenbar nichts Anderes, als die Natur des Urtheils oder die Natur der einzelnen Beſtandtheile des Urtheils. Gleichſam wie die Medizin auf die Phyſiologie des Menſchen gebaut und der menſchliche Körper anatomiſch in ſeine Beſtandtheile zerlegt wird, ſo glauben wir die Lehre von den Rechtsmitteln auf die Natur des Urtheiles gründen und dieſes

---

1) So. z. B. auch im bayer. Rechte. Geſ. v. 10. Nov. 1848 art. 233. Es wird aber hier bloß unterſucht, ob kein Nichtigkeitsgrund vorliege. Dieſe Unterſuchung wird dem Verurheilten in der Regel Nichts nützen, dürfte vielmehr in den Augen deſſelben ein beneficium fodile atque odiosum ſein. Die mit dieſer Beſtimmung bezweckte Verſtärkung der Wache des Geſetzes ließe ſich vielleicht durch ein anderes, für den Angeklagten weniger qualvolles Mittel erzielen.

2) S. 92.

3) De l'esprit des lois. I. 1.

in seinen einzelnen Bestandtheilen betrachten zu müssen. Die Möglichkeit der Aenderung oder Verbesserung (Heilung) eines Urtheils und somit auch die Möglichkeit der Anfechtbarkeit desselben kann unserer Ansicht nach nur nach der Natur des Urtheils bemessen werden.

An und für sich betrachtet, muß zwar zugestanden werden, daß jedes Urtheil sowohl seinem Gesammtinhalte, als seinen einzelnen Bestandtheilen nach geändert werden könne. Anders aber gestaltet sich die Sache, wenn untersucht wird, welche Mittel und Wege es gebe, um eine Verbesserung herbeizuführen.

Daß diese nur durch ein Gericht geschehen könne, ist in der Nothwendigkeit der Gerichte überhaupt begründet. Denn einen richterlichen Ausspruch verbessern, ist nichts Anderes, als ebenfalls richten. Zum Richten oder Urtheilen ist aber prinzipiell nur das Gericht berufen. Die Urtheilsanfechtung und Urtheilsverbesserung ist daher von vorneherein mit Ausschluß jedes anderen Weges auf den Rechtsweg hingewiesen, und insoferne z. B. die Kabinetsjustiz vom Gesetzgeber überhaupt verbannt werden will, muß er sie auch bei der Regelung der Rechtsmittel ausschließen [1]).

Es fragt sich nun aber weiter, welches Gericht den angefochtenen richterlichen Ausspruch ändern oder verbessern solle: dasselbe Gericht, welches dieses Urtheil gefunden hat oder ein anderes?

Ueberträgt man die Prüfung des angefochtenen Ausspruches

1) S. Stahl „Rechtsphilosophie II., 2 §. 131; Köstlin Neue Revis. der Grundbegr. des Krim. R. §. 175. Daß dadurch das Begnadigungsrecht des Staatsoberhauptes nicht berührt wird, versteht sich wohl von selbst. Indessen dürfte hier doch zu bemerken sein, daß der Gesetzgeber seiner Pflicht nicht Genüge leiste, wenn er mit Rücksicht auf das Begnadigungsrecht des Staats-Oberhauptes mangelhafte Bestimmungen in der Lehre von den Rechtsmitteln aufstellt. Wo auf dem Rechtswege geholfen werden kann, da soll der Angeklagte nicht auf den Gnadenweg verwiesen werden, wie dies noch heutzutage in vielen Fällen in England geschieht. Gnade ist kein Ersatz für Recht. Vgl. über das Begnadigungsrecht ꝛc. Wirth Ethik II. S. 181 ff. u. 319; Köstlin N. R. d. Grundbegr. ꝛc. §. 218 u. 219; Plochmann „das Begnadigungs-Recht" Erl. 1845; Arnold „die Wiederaufnahme des Strafverfahrens" im Gerichtssaal von Jagemann 1851 (3. Jahrg.) S. 47 ff. und über das englische Recht Mittermaier „das engl. ꝛc. Strafverf. S. 526. Auch das tadelt Mittermaier a. a. O. S. 543 mit Recht, daß in England das Oberhaus in gewissen Fällen als Kassationshof funktionirt, (wenn nämlich ein Urtheil der Queensbench durch writ of error angegriffen wird). „Nie sollte eine politische Körperschaft zugleich ein Gerichtshof sein."

resp. deſſen Aenderung oder Verbeſſerung *demſelben Gerichte*, von welchem derſelbe ausgegangen, ſo wird man von vorneherein in einer großen Anzahl von Fällen den gewünſchten Erfolg wenigſtens ſehr zweifelhaft machen. Denn in ſehr vielen Fällen, ja in der Mehrzahl derſelben läßt ſich die Anfechtung des richterlichen Ausſpruches nicht anders begründen, als durch die Behauptung und Aufzeigung eines *Fehlers oder Irrthumes*[1]) *von Seite des Richters*, von welchem der beſchwerende Ausſpruch ausgegangen iſt, d. h. durch den Nachweis, daß der Richter unter den faktiſchen Vorausſetzungen des konkreten Falles den beſtehenden Geſetzen gemäß anders hätte ſprechen oder handeln ſollen, als er geſprochen oder gehandelt hat. In ſolchen Fällen an dieſes Gericht das Anſinnen ſtellen, den beſchwerenden Ausſpruch zu ändern, heißt nun aber offenbar nichts anderes, als ihm zumuthen, *gegen ſich ſelbſt ein tadelndes Urtheil* zu fällen, ſich ſelbſt zu verurtheilen. Eine ſolche Zumuthung verriethe aber eine gänzliche Unkenntniß der menſchlichen Natur, und das Ungeeignete derſelben iſt wohl leicht einzuſehen.

Geſetzt jedoch, es beſtünde die fragliche Einrichtung wirklich, — was wäre die Folge davon? Es ſind hier nur zwei Fälle möglich: entweder das Gericht ändert ſeinen früheren Ausſpruch, oder es weist die Beſchwerde zurück. Letzteren Falles wird der Beſchwerdeführer mit der Behauptung zur Hand ſein, daß das Gericht parteiiſch ſei, eine Behauptung, die in abstracto (abgeſehen von der Individualität des Richters) inſoferne allerdings auch begründet iſt, als das Gericht in ſolchen Fällen wirklich immer judex in propria causa iſt, indem es zwiſchen dem Beſchwerdeführer und ſich ſelbſt zu entſcheiden hat. Aendert es aber ſeinen Ausſpruch, ſo fragt man wohl mit Recht, welche Garantie der neuere Ausſpruch dafür biete, daß er *beſſer* ſei, als der frühere. Dadurch, daß das Gericht ſeinen Ausſpruch ändert, ſtellt es ſich ſelbſt einerſeits ein ſchlechtes, andererſeits ein gutes Zeugniß aus, indem es einmal ſelbſt bekennt, daß es gefehlt, ſodann aber behauptet, daß es nunmehr das Richtige gefunden habe. Man wird zugeſtehen, daß durch jenes Bekennt-

1) Von einer auf böſem Willen (dolus oder malitia) beruhenden beruhenden Schuld wollen wir ganz abſtrahiren.

niß die Glaubwürdigkeit dieſer Behauptung nicht eben beſonders gefördert werde. —

Ueberträgt man dagegen die Prüfung des angefochtenen Urtheils einem andern Gerichte, ſo muß vor Allem bemerkt werden, daß die Aufſtellung eines andern (höheren) Richters zur Prüfung des angefochtenen Ausſpruches oder der Handlungsweiſe eines niederen Richters überall nur da einen Sinn und einen vernünftigen Grund hat, wo es ſich auch wirklich um die Prüfung der Richtigkeit eines richterlichen Ausſpruches oder Verfahrens handelt, d. h. um die Prüfung, ob ſich der Ausſpruch nach der dem frühern Richter bekannten Sachlage oder den faktiſchen Verhältniſſen des konkreten Falles und nach den beſtehenden Geſetzen rechtfertigen laſſe. Denn die Beſtellung von Obergerichten oder das Rechtsinſtitut des Inſtanzenzuges hat überall nur den Zweck, die Fehler [1]) der Untergerichte wieder gut zu machen.

Bei einer Urtheilsanfechtung auf Grund einer Veränderung der Sachlage kann aber von einem Fehler in dieſem Sinne des Wortes nicht die Rede ſein. Der richterliche Ausſpruch kann aus dem Grunde nicht fehlerhaft geſcholten werden, weil neue Thatſachen oder neue Beweismittel aufgefunden worden, durch welche die Entſcheidung ganz andere Vorausſetzungen und ein ganz anderes Fundament erhalten hat, als ſie früher hatte. Dieſe Einſicht findet ſich auch ſchon ganz richtig ausgeſprochen von Molitor [2]): „Die Anordnung einer neuen vollſtändigen Verhandlung würde der Idee einer Berufungsinſtanz nicht zuſagen, weil dem höheren Richter ein anderes Material der Beurtheilung gegeben wäre, als dem erſten ꝛc.“

Es handelt ſich hier nicht um Correktur eines richterlichen Ausſpruches, ſondern um einen ganz neuen Ausſpruch auf Grund der neuen Sachlage, deren Konſtatirung in der Regel ſogar eine neue Unterſuchung nöthig machen wird, — daher denn auch die auf nova geſtützte Anfechtung eines richterlichen Ausſpru-

1) Hier iſt der Ausdruck Fehler in obigem engeren Sinne als einer auf der Schuld des Richters beruhenden Unrichtigkeit des Urtheils zu nehmen.

2) „Erfahrungen im Gebiete der Kriminalrechtspflege“ in der Zeitſchrift für deutſches Strafverfahren von Jagemann und Möllner Bd. III. 1843 S. 47.

ches im neueren Strafproceßrechte ganz richtig — Geſuch um Wiederaufnahme des Strafverfahrens genannt wird [1]).

Es iſt nun aber kein Grund vorhanden, mit einem ſolchen Geſuche einen anderen (höheren) Richter anzugehen und mit der Prüfung deſſelben zu beauftragen. Das Anſinnen an den frühern Richter, auf Grund der neuen Sachlage einen andern Spruch zu fällen, enthält keinerlei Tadel [2]) gegen denſelben. Er hat hier nicht zu entſcheiden zwiſchen ſich ſelbſt und dem Antragſteller; er iſt hier nicht judex in propria causa; er iſt hier ebenſo unbefangen, wie jeder andere Richter. —

Anders verhält es ſich aber natürlich da, wo die Anfechtung des richterlichen Ausſpruches nicht darauf geſtützt iſt, daß die Sachlage nach dem Zeitpunkte der Entſcheidung eine andere geworden, wo vielmehr bei unveränderter, mit der frühern völlig gleicher Sachlage eine Aenderung der Entſcheidung gefodert wird. Hier handelt es ſich um eine wirkliche Prüfung der Richtigkeit des angefochtenen Ausſpruches; es handelt ſich hier um eine Entſcheidung darüber, ob der in der Anfechtung ausgeſprochene Tadel der richterlichen Entſcheidung gegründet ſei oder nicht.

Dies ſind eben diejenigen Fälle, von welchen oben behauptet wurde, daß man die Prüfung der Anfechtung unmöglich demjenigen Richter überlaſſen könne, von welchem der angefochtene Ausſpruch ausgegangen iſt.

§. 28.

Fortſetzung.

Steht hienach feſt, daß die Anfechtung eines richterlichen Aus-

1) Das franzöſiſche Recht und alle jene neueren Strafproceßordnungen, welche das Rechtsmittel der Appellation oder Berufung angenommen haben (nicht alle haben dies gethan z. B. die braunſchweigiſche St. P. O. v. 22. Aug. 1849 nicht), laſſen freilich auch zur Begründung dieſes Rechtsmittels nova zu. Allein ob dies, ſowie überhaupt das Rechtsmittel der Berufung haltbar ſei, iſt eine andere, erſt unten zu beantwortende Frage. Sodann iſt auch eine andere, ebenfalls erſt ſpäter zu beantwortende Frage, ob das Rechtsmittel der Reviſion oder der Wiederaufnahme des Strafverfahrens in jenen Geſetzgebungen die (im Texte anticipando angedeutete) gehörige Ausdehnung erhalten habe. Die obige Bemerkung gründet ſich auf unten Folgendes.

2) Wenn auch, wie dies allerdings bei einer jeden Urtheilsanfechtung nicht anders ſein kann, das Urtheil als fehlerhaft, nämlich in obigem weiteren Sinne, angefochten wird. S. oben S. .

ſpruches überall von einem andern (höhern) Richter geprüft werden müſſe, wo dieſelbe nicht auf nova geſtützt iſt, — ſo entſteht zunächſt die weitere Frage, inwieferne dieſem Richter eine ſolche Prüfung überhaupt möglich ſei. Hievon hängt nämlich offenbar die oben [1]) aufgeworfene Frage ab, inwieferne die Anfechtung eines richterlichen Ausſpruches möglich und zweckmäßig ſei, oder — was dasſelbe iſt — inwieferne durch die Anfechtung eines richterlichen Ausſpruches deſſen Aenderung erreicht werden könne. Denn wo eine Prüfung der Anfechtung eines richterlichen Ausſpruches nicht möglich iſt, da kann doch wohl vernünftigerweiſe auch nicht von einer Entſcheidung über die Anfechtung und von einer Aenderung des angefochtenen Ausſpruches die Rede ſein.

Die Frage, inwieferne nun eine ſolche Prüfung möglich ſei, kann aber, wie bereits oben bemerkt wurde, nur mit Rückſicht auf die Natur des richterlichen Ausſpruches beantwortet werden. Es iſt daher nothwendig, den letztern hier einer genauern Unterſuchung zu unterwerfen.

Jedes richterliche Urtheil iſt, wie alle andern Urtheile, ein Syllogismus. Den Oberſatz deſſelben bildet eine allgemeine Rechtsbeſtimmung, der Unterſatz enthält die Behauptung, daß die Vorausſetzungen der Rechtsbeſtimmung in einem konkreten Falle exiſtent ſeien, und der Schlußſatz (das eigentliche Urtheil) iſt die Verfügung, daß die Rechtsbeſtimmung in dem konkreten Falle erfüllt werden ſolle.

Die Anfechtung des Urtheils kann ſich nun möglicherweiſe auf jeden dieſer Beſtandtheile beziehen, denn es kann ebenſowohl

1) ſchon von vorneherein der Oberſatz ein unrichtiger, illegaler ſein, z. B. ein Urtheil wäre auf den in der betreffenden Straf-Geſetzgebung gar nicht enthaltenen Satz gebaut, daß derjenige ein Dieb ſei, welcher eine gefundene Sache ſich zueignet, als auch
2) die Behauptung, daß die Vorausſetzungen der in Anwendung zu bringenden Rechtsbeſtimmung in concreto exiſtent ſeien, z. B. daß Gajus den Titius ermordet habe, oder daß Sempronia eine Kindsmörderin ſei, eine irrthümliche, als auch
3) die Concluſion des angefochtenen Urtheiles (das eigentliche Urtheil) eine zu dem Ober- oder Unterſatze oder zu beiden nicht

1) S. 98.

passende sein, z. B. wenn Gajus zur Strafe des Mordes mit Bezugnahme auf den betreffenden Artikel des Strafgesetzbuches verurtheilt würde, während das Gericht doch selbst erklärt hatte, daß er die Tödtung nur aus Fahrläßigkeit begangen habe;

oder: wenn das Urtheil auf den vom Kindsmord handelnden Artikel des Strafgesetzbuches gegründet ist, und dennoch die Strafe des Verwandtenmordes verhängt wird, dessen Thatbestand in dem Urtheile auch als vorhanden angenommen ist;

oder: das Urtheil stützt sich auf den vom Raub III. Grades handelnden Artikel; dasselbe führt aber eine bloße Körperverletzung als geschehen an und verhängt endlich über den Angeklagten die Strafe des Raubes I. Grades.

ad 1) Ist die Anfechtung auf den unter Ziff. 1 angegebenen Grund d. i. auf die Illegalität des Obersatzes gestützt, so wird ihre und des angefochtenen Urtheiles Prüfung natürlich überall leicht vorgenommen werden können. Den Anhaltspunkt hiefür bildet nämlich das Gesetz selbst, welches dem prüfenden Richter bekannt ist und bekannt sein muß. Erscheint das angefochtene Urtheil wirklich als auf einen falschen Rechtssatz gebaut, so wird dasselbe vernichtet und nöthigenfalls das zur Fällung eines andern Urtheils Erfoderliche angeordnet oder ein anderes Urtheil sogleich gefällt.

ad 3) Dasselbe gilt auch dann, wenn das Urtheil aus dem Grunde angefochten wurde, weil die Conclusion zu den (richtigen) Prämissen nicht paßt. Ob dies der Fall sei, ist natürlich lediglich nach den Grundsätzen der allgemeinen Logik zu beurtheilen. An der Möglichkeit der Prüfung einer solchen Anfechtung und des Urtheiles in dieser Beziehung kann daher nicht gezweifelt werden. Die Voraussetzungen der Entscheidung über solche Urtheilsanfechtungen bestehen in nichts Weiterem, als daß dem prüfenden Richter das zu prüfende Urtheil vorliege, daß er das Gesetz kenne und daß er logisch zu denken vermöge.

§. 29.

In wieferne ist das Verdikt anfechtbar?

ad 2) Anders verhält sich aber die Sache, wenn die Anfechtung des Urtheils darauf gestützt ist, daß der Untersatz desselben ein irrthümlicher sei. Die Frage, ob in diesem Falle eine Prüfung

und somit auch eine Aenderung des angefochtenen Urtheiles möglich sei, kann nur bedingt bejaht werden.

Es bedarf zu ihrer richtigen Beantwortung einer genauern Betrachtung der Natur dieses Bestandtheiles des Urtheils.

Der Untersatz des Urtheiles, in welchem ausgesagt wird, daß eine bestimmte Person ein bestimmtes Verbrechen begangen habe, oder daß die Voraussetzungen einer allgemein strafrechtlichen Bestimmung in einem konkreten Falle existent seien, besteht nämlich aus zwei wesentlich von einander verschiedenen Bestandtheilen; er enthält:

a) einen Ausspruch darüber, daß gewisse historische Thatsachen vorhanden seien, d. i. die Entscheidung über die reine Thatfrage z. B. daß Gajus den Titus mit Absicht getödtet habe [1]),

b) einen Ausspruch darüber, daß diese historischen Thatsachen diejenigen seien, für welche der Gesetzgeber die im Obersatze enthaltene allgemeine Rechtsbestimmung getroffen habe, d. i. die Subsumtion des Faktums unter das Gesetz, oder, was dasselbe ist, die rechtliche oder juristische Qualifikation der Thatsachen oder des Faktums, z. B. daß die Handlung des Gajus (nach dem Gesetze) das Verbrechen der Tödtung sei [2]).

Die Unzufriedenheit des Verurtheilten kann sich nun zwar ebensowohl auf den ersten, als auf den andern Bestandtheil dieser Entscheidung beziehen, er kann ebensowohl eine Aenderung dieses wie jenes Bestandtheiles wünschen. Eine andere Frage ist aber, ob sich auch der Richter in der Lage befinde, einer desfallsigen an ihn gestellten Anforderung zu genügen. Bei Beantwortung dieser

---

1) Obwohl dieser Bestandtheil auch den Ausspruch darüber involvirt, daß die fragliche That eine schuldvolle Handlung sei, so ist doch die Bezeichnung „Thatfrageentscheidung" richtig; denn die Lehre von der Schuld ist, wie namentlich Köstlin in seinem Wendepunkte S. 135 treffend auseinandersetzt, keine ausschließlich oder specifisch-juristische Materie, sondern eine dem Kriminalrechte, der Moral und Psychologie gemeinschaftliche.

2) Biener Das englische Geschwornengericht I. S. 378 analysirt den ersten Bestandtheil noch weiter, indem er die Fragen unterscheidet: 1) hat der A. die That begangen, und 2) ist er schuldig deßhalb d. h. dem Gesetze verantwortlich? Diese Unterscheidung ist aber ohne allen kriminalistischen Werth; denn es handelt sich im Strafrechte nicht um Thaten, sondern nur um schuldvolle Thaten,

Frage ist zu unterscheiden, welcher von beiden Bestandtheilen als unrichtig angefochten wird. Bezieht sich nämlich:

ad b) die Anfechtung auf die Subsumtion der Thatsachen unter das Gesetz, so ist die Prüfung und eventuell die Aenderung des angefochtenen Urtheils durch einen andern (höhern) Richter allerdings möglich, und es besteht hiefür lediglich die Voraussetzung, daß diesem Richter außer der angeblich irrthümlichen technischen Bezeichnung (Subsumtion oder Qualifikation) auch das Bezeichnete (Subsumirte, Qualifizirte,) d. s. die Thatsachen, welche den Gegenstand der angefochtenen Subsumtion bilden, — bekannt gegeben werden, daß es also z. B. im Urtheile heiße, Gajus sei schuldig, das Verbrechen des Todtschlages dadurch begangen zu haben, daß er den mit ihm im Streit begriffenen Titius mit einem Beile auf den Kopf geschlagen habe ꝛc. [1]).

Ist freilich dem Richter das Bezeichnete nicht bekannt, so kann er auch nicht prüfen, ob die Bezeichnung, Qualifikation oder Subsumtion richtig sei, und es kann daher auch in diesem Falle von einer Aenderung des ganzen Urtheils gar nicht die Rede sein.

Die Art und Weise, wie der Richter zur Kenntniß davon gelange, welche Thatsachen der angefochtenen Subsumtion zu Grunde gelegt worden seien, kann verschieden sein. Bei einem schriftlichen (aktenmäßigen) Verfahren kann er diese Kenntniß schon aus den Untersuchungsacten oder aus den dem Urtheile etwa beigefügten Entscheidungsgründen [2]) schöpfen.

Bei einem mündlichen Verfahren dagegen ist es nothwendig, daß die fraglichen Thatsachen dem Ausspruche selbst (resp. den an die Geschwornen zu stellenden Fragen) in der oben angegebenen Art mit spezieller und ausdrücklicher Aufführung einverleibt seien.

---

1) In den Schwurgerichtsfällen genügt es, wenn die den Geschwornen vorgelegten Fragen die Thatsachen und die Qualifikation enthalten, wie dies z. B. sehr zweckmäßig in dem bayer. Proceßgeſ. vom 10. Nov. 1848 art. 173 vorgeschrieben ist.

2) Inwieferne Entscheidungsgründe bezüglich der Entscheidung der Thatfrage zweckmäßig und möglich seien, darüber s. unten §. 34. Vorläufig können wir des nur als Behauptung hinstellen, daß die Entscheidungsgründe bezüglich der Thatfrage nur unter der Voraussetzung einer positiven oder absolut bindenden Beweistheorie möglich sind.

Die Wiederholung der Verhandlung, um die Qualifikation zu prüfen, wäre durchaus ungeeignet und unzweckmäßig. Denn es würde, auch abgesehen von dem Kostenpunkte, bei einer nochmaligen Verhandlung der Sache vor dem prüfenden Richter, wie wir unten [1]) sehen werden, keine Sicherheit gegeben sein, daß sich die Thatsachen genau in derselben Weise herausstellen, wie sie sich in der ersten Verhandlung herausgestellt haben.

Von unserer verschiedene Ansichten sind von Köstlin [2]) und neuestens von Biener [3]) aufgestellt worden. Ersterer will nämlich die Anfechtung der juristischen Qualifikation nur dann zulassen, wenn die Richter (im Falle eines Spezialverdikts) die unrichtige Qualifikation vorgenommen haben. Wir sehen aber nicht ein, inwieferne die in dem Generalverdikt einer jury enthaltene Qualifikation weniger anfechtbar und verbesserungsfähig wäre.

Letzterer glaubt, daß der „Vortheil" eines Rechtsmittels („zum Mindesten das der Kassation") gegen diesen Bestandtheil nur dann erreichbar sei, wenn „die Anwendung des Gesetzes (d. i. hier die rechtliche Qualifikation) in die Hände des Gerichts gelegt sei." Einen Grund, warum dieser „Vortheil" unerreichbar sei, wenn die rechtliche Qualifikation in den Händen einer jury liegt, hat Biener nicht angegeben. Die Behauptung der Unerreichbarkeit jenes Vortheils bei Ueberlassung der rechtlichen Qualifikation an die Geschwornen erscheint in der Biener'schen Schrift auch nur als ein Motiv zur Begründung seiner Hauptthese, daß die Qualifikation der jury zu entziehen und dem Gerichtshofe zu überweisen sei, wie er denn überall darauf ausgeht, „so weit möglich die Jury in die richtigen Gränzen ihrer Kompetenz zurückzuweisen" und dadurch „die Uebelstände eines an sich unzuverläßigen Instituts zu mindern, und die ausgedehnten Befugnisse abzuschneiden, mit welchen besonders deutsche Politiker dieses Institut so freigebig ausgestattet haben" [4]).

Es ist hier nicht der Ort, über den Werth oder Unwerth des Geschwornengerichts zu sprechen. Wir können auch dahingestellt sein lassen, ob es besser sei, die fragliche Funktion den rechtsgelehrten

1) §. 33
2) Das Geschworengericht für Nichtjuristen S. 213.
3) Das englische G. G. §. 40 S. 381.
4) Das englische G. G. Vorrede S. XIII.

Richtern, als den Geſchwornen zuzuweiſen. Denn es iſt nach Obigem für die Frage der Anfechtbarkeit jenes Urtheilsbeſtandtheiles ganz gleichgültig, ob die Funktion von Geſchwornen oder rechtsgelehrten Richtern vollzogen worden iſt; die Qualifikation kann, wie bemerkt, in dem einen Falle ebenſowohl, wie in dem anderen angefochten werden. Wir haben uns hier nur dagegen zu verwahren, daß die von einer jury ausgegangene Qualifikation für unanfechtbar erklärt werde. Daß aus dieſer angeblichen Unanfechtbarkeit kein Motiv [1]) für die vom engliſchen Rechte abweichende Ueberweiſung der Qualifikation an die rechtsgelehrten Richter abgeleitet werden könne, iſt eine Folgerung, die eigentlich auch nicht nothwendig hier hervorgehoben zu werden brauchte.

Das Richtige an der Anſicht Biener's beſteht darin, daß er ebenſo, wie Köſtlin, das Bedürfniß einer Einrichtung zu erkennen ſcheint, mittels welcher in allen Fällen, auch in den ſchwurgerichtlichen, eine irrthümliche Qualifikation korrigirt werden kann.

Außer dieſen Schriftſtellern finden wir das in Rede ſtehende Bedürfniß mit Bezugnahme auf die Schwurgerichtsfälle auch noch an einem anderen Orte anerkannt. In den J. A. Seuffert'ſchen „Blättern für Rechtsanwendung" wird daſſelbe in einem beſonderen Artikel beſprochen, welcher die Ueberſchrift hat: „Von der Befugniß des Schwurgerichtshofes, die im Wahrſpruche enthaltene Subſumtion unter das Geſetz zu revidiren" [2]). Das fragliche Bedürfniß wird daſelbſt mit Recht namentlich für den Fall hervorgehoben, wenn die falſche Qualifikation zum Nachtheile des Angeklagten gereicht.

Bedenkt man, daß die Subſumtion der Thatſachen unter das Geſetz eine rein juriſtiſche d. h. Rechtskenntniß erheiſchende Operation iſt, und daß prinzipiell bei den Geſchwornen Rechtskunde nicht vorausgeſetzt wird, wie ſie denn auch meiſtens wirklich rechtsunkundig ſind, — ſo kann dieſes Bedürfniß in der That ohne Leichtſinn nicht geleugnet

1) Daß dieſes Motiv ein recht anſehnliches und verführeriſches wäre, ſoll keineswegs in Abrede geſtellt werden. Indeſſen iſt daſſelbe nicht neu. Die Lehre von den Rechtsmitteln im franzöſiſchen Strafverfahren iſt bereits daran gewöhnt, als Aries nicht bloß gegen die jury, ſondern auch gegen die Mündlichkeit angewendet zu werden. In unſerem Falle aber iſt dieſe Anwendung nicht möglich, wenn man nicht zu der petitio principii ſeine Zuflucht nimmt, gegen welche wir obige Verwahrung eingelegt haben.

2) Blätter für Rechtsanwendung (zunächſt in Bayern) Jahrg. 1850 Nr. 23.

oder gering geachtet werden, obwohl die Geſchwornen bei dieſer Funktion bisweilen ſchon durch die Vorträge des Staatsanwalts und des Vertheidigers, jedenfalls aber durch den belehrenden Vortrag des Aſſiſen-Präſidenten eine weſentliche Hilfe und Unterſtützung erhalten [1]). Es wird auch ohne Zweifel allerſeits zugeſtanden werden, daß die Möglichkeit einer Korrektur der Qualifikation in den Fällen ein viel dringenderes Bedürfniß ſei, in welchen dieſe Funktion von einer jury vollzogen wird, als da, wo ſie in die Hände rechtsgelehrter Richter gegeben iſt. Denn wenn auch unſere Strafgeſetzbücher, wie mit Recht gefodert wird [2]), gemeinfaßlicher werden und die kriminaliſtiſchen Begriffsbeſtimmungen dem Volksrechtsbewußtſein näher gebracht werden müſſen, ſo wird doch die Strafrechtswiſſenſchaft fortbeſtehen und die Subſumtion der Thatſachen unter das Geſetz immer eine juriſtiſche Operation bleiben, welche von dem Rechtsgelehrten mit mehr Sicherheit und Leichtigkeit vollzogen wird, als von einem Laien [3]).

Iſt alſo das fragliche Bedürfniß unbeſtreitbar vorhanden und wird daſſelbe immer vorhanden ſein [4]), ſo kann es ſich nur noch

---

1) So wenigſtens in England und nach dermaligem bayeriſchen Rechte. Abgeſehen von der Hinweiſung auf das law of evidence hat der Vortrag des bayeriſchen Aſſiſenpräſidenten viel Aehnlichkeit mit der charge des vorſitzenden Richters in England.

2) Vgl. hierüber J. v. Rudhart a. a. O. S. 53 und Köſtlin „Wendepunkt" S. 134, welcher bemerkt, „es ſei nicht ſchwer, den Thatbeſtand jedes wirklichen Verbrechens ſo zu beſtimmen, daß jeder Gebildete daraus klug werden könne." Das ſei das Rhodus für die Strafgeſetzgeber! — Dieſe Foderung hat aber nichts zu ſchaffen mit der von Köſtlin ebenſo, wie von Stemann bekämpften irrthümlichen Meinung, als ſei das Geſchwornengericht deßhalb nothwendig, weil der Verbrecher nur dann ſtrafbar ſei, wenn er ein richtiges Bewußtſein von der kriminaliſtiſchen Natur ſeiner Handlung habe, und die jury das beſte Mittel ſei, um zu ermeſſen, ob dieſes Bewußtſein bei einem Rechtsunkundigen vorausgeſetzt werden könne. Stemann a. a. O. S. 279. — Zugleich mit obiger Foderung möchten wir aber die Foderung ausgeſprochen wiſſen, daß die Geſetzgebung beſonders darauf Bedacht nehme, wirklich intelligente Geſchworne zu bekommen.

3) Aus dieſem Grunde glauben wir, daß es unter den günſtigſten Verhältniſſen doch immer wünſchenswerth ſei, der jury ein Spezialverdikt zu geſtatten, wie dies die braunſchweigiſche St. P. O. vom 22. Aug. 1849 §. 140 thut.

4) Das Bedürfniß würde nämlich ſelbſt unter der Vorausſetzung vorhanden ſein, daß alle Geſchwornen rechtsverſtändig wären.

darum handeln, auf welche Art daſſelbe am Beſten befriediget werden könne. Unſere Anſicht hievon iſt in dem Obigen bereits ausgeſprochen. Danach kann die Qualifikation, inſoferne nur in dem Wahrſpruche auch die qualifizirten Thatſachen ſelbſt mit enthalten ſind, ebenſo angefochten und nach Befund korrigirt werden, wie die vom Gerichtshofe ausgehende Entſcheidung der Straffrage.

Noch einfacher wäre es allerdings, wenn man mit Biener die Qualifikation brevi manu den Geſchwornen entziehen und dem Gerichtshofe überweiſen würde. Man hätte dann die beliebte Unanfechtbarkeit des Wahrſpruches wiedergewonnen, und man wäre aller Sorge überhoben, ob die rechtsunkundige jury die geſetzlichen Begriffsbeſtimmungen richtig aufgefaßt und angewendet habe. Allein uns ſcheint dieſe Art der Abhilfe nicht eine Löſung, ſondern ein Zerhauen des Knotens; wir finden in ihr das nämliche Verfahren, wie wenn Jemand Zahnſchmerzen mit Kopfabſchneiden heilen wollte. Denn wenn wir auch davon abſehen, daß der jener Ueberweiſung der Qualifikation an den Gerichtshof zu Grunde liegende Gedanke einer konſequenten Trennung der Entſcheidung der Thatfragen von der Entſcheidung der Rechtsfragen ein ganz irrthümlicher, weil unausführbarer iſt [1]), — ſo iſt nach unſerer Anſicht eine jury, welcher die Qualifikation entzogen wird, nicht mehr eine bloß verſtümmelte, ſondern eine Rumpfjury oder ein Juryrumpf; — es iſt gar keine jury mehr. Wenn Biener in ſeiner Vorrede verſpricht, daß er ſeine Vorſchläge zur Regelung der Kompetenz der jury auf das engliſche Recht bauen werde, ſo läßt ſich die hier in Rede ſtehende, von ihm geforderte Abweichung vom engliſchen Rechte kaum anders erklären, als damit, daß er die fragliche Einrichtung des engliſchen Rechts (Generalverdikt) für etwas Unweſentliches und Gleichgültiges

1) Sehr richtig bemerkt darüber Deruburg a. a. O. S. 109: „die Juriſten, welche die Sache präpariren, könnten auch den einfachſten Begriff zum Rechtsbegriff ſtempeln, und am Ende würde ſich kaum ein Fall finden, wobei es ſich nicht vorerſt um die Entſcheidung einer Gränzfrage handelte, was nämlich zum Gebiet der Geſchwornen, und was zu jenem des Richters gehört. Vgl. auch die trefflichen Bemerkungen von Stemann hierüber a. a. O. S. 290. — Daß eine gänzliche Trennung der Rechtsfrage von der Thatfrage nicht ausführbar ſei, geſteht auch der bayeriſche Entwurf einer St. P. O. v. 1851, welcher die Qualifikation den Geſchwornen entziehen will, ein. S. Motive zu art. 472. —

halte. Wie weit er aber mit einer solchen Auffassung der Sache von der der Engländer selbst entfernt wäre, bedarf wohl für den Sachverständigen keiner weiteren Erörterung [1]). Nach unserem Dafürhalten giebt es nur Eine jury und diese ist die englische. Sie verträgt wie ein Kunstwerk kein Beschneiden, kein Zerstückeln. Entweder oder! Entweder ganz oder gar nicht! Will man der jury die fragliche Funktion, wie sie die englische jury hat, nicht lassen, so schaffe man lieber das Institut ganz ab. Nur glaube man nicht, eine jury zu haben, wenn diese Funktion dem Gerichtshofe überwiesen ist.

Eine eigenthümliche Art der Abhilfe schlägt der erwähnte Artikel in der angeführten Zeitschrift vor. Danach sollte der Schwurgerichtshof ermächtiget sein, ex officio eine Revision der Subsumtion vorzunehmen und nach Befund auf eine andere Strafe zu erkennen, als diejenige wäre, welche dem im Wahrspruche angenommenenen Reate gemäß verhängt werden müßte.

Es ist hier nicht der Ort zu untersuchen, ob die Ansicht jenes Artikels richtig sei, daß die fragliche Befugniß des Schwurgerichtshofes im bestehenden bayerischen Rechte ihre Begründung finde. Diese Befugniß kann hier nur als legislativer Vorschlag in

---

1) Vgl. Stemann a. a. O. S. 291: „Die Engländer haben sehr wohl die Bedeutungslosigkeit einer Jury gefühlt, welche nur darüber gefragt werde, ob gewisse ihr vorgelegte Thatsachen wahr oder unwahr seien.“ — Biener wird aber Stemann gewiß nicht absprechen, daß derselbe „unbefangen die jetzige Stellung der Jury in England auffasse.“ Wir könnten Biener auch noch Feuerbach, Mittermaier, Köstlin u. A. entgegenhalten. Allein er weiß selbst sehr wohl, daß er seinen Vorschlag nicht auf eine communis opinio der Sachverständigen gründen kann. Einige neuere deutsche Strafproceßordnungen könnte Biener allerdings für seine Ansicht anführen. Indessen haben sich diese wahrscheinlich nicht gestissentlich vom englischen Rechte entfernt, und Biener tadelt mit Mittermaier, Köstlin u. A. gerade das nicht ohne Grund, daß sich die deutsche Gesetzgebung so wenig um das englische Recht bekümmert habe. Das von Biener vielfach angegriffene französische Recht hat jene Gesetzgeber irre geleitet. Zu den irregeleiteten Gesetzgebungen gehört aber nicht die bayerische. Vgl. Ges. v. 10. Nov. 1848 art. 173. Ueber den bayer. Entwurf einer St. P. O. von 1851 art. 472 f. Mittermaier „Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte in Deutschland, vorzüglich in Bayern“ S. 23 ff. und dessen „Englisches“ ꝛc. Strafverfahren S. 454 ff. Ueber das französische Recht siehe Morin Dict. d. droit crim p. 653 ff. und Daniels „Grundz. des rhein. u. franz. Strafverf.“ S. 186 ff.

Würdigung kommen. Als ſolcher ſteht er aber unſerem Vorſchlage durchaus nicht entgegen. Beide ſind ſehr wohl mit einander vereinbar, und wir haben gegen denſelben gar Nichts einzuwenden. Nur das iſt zu bemerken, daß zwar unſer Vorſchlag den jenes Artikels, nicht aber umgekehrt dieſer den unſrigen überflüſſig machen könne. Denn wenn der fragliche Beſtandtheil des Wahrſpruches der Anfechtung durch den Staatsanwalt und den Angeklagten preisgegeben wird, ſo iſt dem Bedürfniſſe vollkommen Genüge geleiſtet, ſo daß von jener Befugniß Umgang genommen werden könnte. Dem Bedürfniſſe iſt aber nicht Genüge geſchehen, wenn lediglich jene Befugniß ſtatuirt wird. Denn der Schwurgerichtshof kann überſehen, daß die Qualifikation eine unrichtige iſt. Hiezu kommt noch, daß der Schwurgerichtshof zu jener Prüfung nicht ſo geeignet iſt, wie ein Kaſſationshof, weil ſein Vorſtand durch die Frageſtellung, bei der vielleicht ſogar der ganze Gerichtshof thätig geweſen iſt, und durch die den Geſchwornen ertheilte Belehrung zu der unrichtigen Qualifikation ſelbſt mitgewirkt hat.

Wie dem aber auch ſei; man mag dem Gerichtshofe die fragliche Befugniß ertheilen oder nicht, — die Anfechtbarkeit der Qualifikation durch den Staatsanwalt und den Angeklagten wird dadurch nicht berührt; ſie muß von der Geſetzgebung anerkannt und kann durch keine andere Einrichtung erſetzt werden.

Zur Erläuterung und Bekräftigung unſerer Anſicht möge es bei der Wichtigkeit der hier vorliegenden Frage geſtattet ſein, einen hieher gehörigen, von Stemann [1]) berichteten praktiſchen Fall aus der bayeriſch-rheinpfälziſchen Praxis vor dem Jahre 1848 anzuführen, welcher auch inſoferne intereſſant iſt, als aus demſelben entnommen werden kann, daß der pfälziſche Aſſiſenhof zu Zweibrücken wenigſtens in dieſem Falle in die den Geſchwornen vorgelegten Fragen die rechtliche Qualifikation der Handlung mit aufgenommen hat [2]).

1) a. a. O. S. 284.

2) Es iſt bekanntlich in der franzöſiſchen Jurisprudenz ſtreitig, ob das factum qualificatum oder das factum simplex Gegenſtand der Frageſtellung ſei. S. Daniels a. a. O. S. 188 und Biener „das engl. G. G. §. 40 S. 373. S. auch Rogron „Les Codes français expliqués (III. ed. Paris 1847) II. part. S. 235. Eine ſehr gute Erörterung der Frage findet ſich bei dem von Stemann a. a. O. S. 275 mit Recht gelobten Boitard „Leçons sur les Codes pénal et d'instruction criminelle“ publ. par G. de Linage

Der Fall ist folgender: A hatte aus dem Garten des B bei Nachtzeit zwei Bienenkörbe entwendet; den einen hatte er bereits nach Hause getragen und mit dem andern sich ebenfalls schon circa 100 Schritte entfernt, als er vom Feldhüter des B auf der Gränze des Gartens eingeholt wurde. Er warf diesen, da derselbe ihn anhalten wollte, zu Boden und brachte ihm mehrere schwere, jedoch nicht tödtliche Wunden bei. Im Verweisungsurtheile der Anklagekammer, wie in der an die Geschwornen gerichteten Frage war die Handlung als ein unter Anwendung von Gewalt und zwar mit Waffen verübter Diebstahl bezeichnet. Die Jury sprach ihr Schuldig aus, und der Angeklagte wurde in Gemäßheit des art. 382 Cod. pén. vom Assisenhofe zu Zweibrücken zu lebenslänglicher Zwangs-Arbeit verurtheilt. Der Verurtheilte erhob hiegegen die Nichtigkeits-Beschwerde. In der von ihm eingereichten Denkschrift führte er aus, daß bei unrichtiger Qualifikation der in Frage stehenden Handlung das Endurtheil sammt dem verurtheilenden Verdikte kassirt werden müsse. Die Statthaftigkeit einer solchen Kassation sei um so unbedenklicher, da selbst der Assisenhof, ungeachtet der von ihm selbst gestellten Frage und der Schuldigerklärung der Geschwornen, wenn er bei der Berathung sich überzeuge, daß die Handlung unter kein Strafgesetz falle, die Absolution aussprechen dürfe. Schließlich trug er auf Kassation aus dem Grunde an, weil ein mit Gewalt und Waffen verübter Diebstahl angenommen sei, während doch die Gewalt der Verübung des Diebstahls nachgefolgt sei.

Wie nun aus der weiteren Mittheilung Stemann's zu entnehmen ist, wurde zwar die Kassationsklage vom Kassationshofe zu München verworfen, jedoch nicht deßhalb, weil eine im Verdikte enthaltene unrichtige Qualifikation kein Kassationsgrund sei, sondern weil der Diebstahl des A zur Zeit der Gewaltthat noch nicht vollendet gewesen, indem durch die bloße contrectatio der Diebstahl

V. ed. Paris 1851 S. 538 — 546. Derselbe erklärt sich zwar gegen die Uebertragung der Qualifikation an die jury (und, was das französische Recht betrifft, ungeachtet des Wortlautes des art. 337 C. I. wohl mit Recht), bemerkt aber über das englische Recht: —— „dans la terre classique du jury, en Angleterre, ce n'est pas là seulement sa mission accidentelle, c'est, je constate un fait sans l'approuver ni le combattre, c'est sa mission de tous les jours."

noch nicht vollendet werde, hiezu vielmehr gehöre, daß der Dieb die Sache weggetragen und in seinen Gewahrsam gebracht habe.

Wir haben hier nicht zu untersuchen, ob diese Ansicht von der Vollendung des Diebstahls im französischen Rechte begründet sei oder nicht. Für uns ist nur das von Bedeutung, daß, wie der Fall vor uns liegt, der Kassationshof wenigstens stillschweigend die Anfechtbarkeit der in einem Verdikte enthaltenen Qualifikation anerkannt hat. Denn hätte er sie nicht anerkannt, so hätte er die Kassationsklage sofort aus diesem Grunde allein verwerfen müssen, ohne sich darauf einzulassen, ob die Qualifikation eine richtige oder unrichtige sei.

§. 30.

Fortsetzung: Ist die Entscheidung der Thatfrage anfechtbar?

1) Bei einem schriftlichen Verfahren.

ad a) Bezieht sich aber die Anfechtung auf die Entscheidung der reinen Thatfragen[1]), so ist eine Prüfung, mithin auch eine Aenderung des angeblich beschwerenden Ausspruches durch den höheren Richter nur unter der Voraussetzung möglich, daß diese Entscheidung auf Regeln einer gesetzlichen bindenden und zwar positiven Beweistheorie beruhe, mit andern Worten, daß es Gesetze gebe, nach welchen der Richter seinen Ausspruch über die Thatfrage zu bestimmen habe, ohne daß er auf seine subjektive Ueberzeugung Rücksicht nehmen dürfte.

Sind solche Gesetze[2]) gegeben, so unterliegt es keinem Zweifel, daß eine Prüfung der Richtigkeit des Ausspruches möglich sei. Freilich handelt es sich hier nicht um eine wahre, materielle, objektive Richtigkeit, sondern um eine bloß formelle, fingirte, mit einem Worte: es handelt sich hier bloß um formelle Gesetzmäßigkeit. Der judex ad quem prüft, ob bei dem angefochtenen Ausspruche jene Gesetzes-Vorschriften beobachtet worden seien, und er bedient sich bei dieser Prüfung eben dieser Gesetzesvorschriften als seines Maaßstabes. Auf seine subjektive Ueberzeugung von der Schuld kommt hier überall gar

1) Es wird in dem Folgenden eine unveränderte Sachlage vorausgesetzt, von dem Falle eines Novum abgesehen.

2) Wie z. B. im bayerischen Strafgesetzbuche v. Jahre 1813 Thl. II. art. 259 — 343.

nichts an. Die Frage, ob die erstrichterliche Entscheidung der Thatfragen richtig sei, ist hier eine reine Rechtsfrage d. h. es handelt sich hier bloß darum, ob das Gesetz richtig angewendet worden sei [1]).

Die Anfechtung hat daher in diesem Falle durchaus denselben Charakter und dieselbe Natur, wie diejenige Anfechtung, welche auf die Illegalität des Obersatzes oder die Irrthümlichkeit der Subsumtion gestützt ist. Wenn man in diesen letzteren Fällen die Urtheilsanfechtung Nichtigkeitsbeschwerde nennt, so muß man dieselbe auch in jenem Falle Nichtigkeitsbeschwerde nennen, wo sie darauf gestützt wird, daß die gesetzlichen Beweisregeln unrichtig oder nicht gehörig angewendet worden seien. Es ist kein Grund vorhanden, die Anfechtung in diesem Falle Appellation oder Berufung zu nennen.

Wo dagegen keine solchen abstrakt allgemeinen, für die Annahme der Schuld maaßgebenden positiven Vorschriften bestehen, wo vielmehr dem Richter freigegeben ist, nach seiner im konkreten Falle gewonnenen subjektiven Ueberzeugung, die weder an eine bestimmte Zahl noch an bestimmte Qualitäten der Beweismittel gebunden ist, die Schuld für bewiesen oder nicht bewiesen zu halten, — da kann wohl von einer neuen Entscheidung, niemals aber von einer Prüfung der frühern Entscheidung die Rede sein, diese letztere mag nun von eigentlichen Geschwornen oder von rechtsgelehrten Richterbeamten ausgegangen sein [2]).

Dieß muß selbst unter der Voraussetzung eines vollständig schriftlichen, aktenmäßigen Verfahrens behauptet werden. Denn wenn auch der erste Ausspruch lediglich auf das in den Akten enthaltene Beweismaterial gebaut war, so gieng er dennoch aus

---

1) S. oben §. 23.

2) Bei Hulshoff l. c. pag. 275 ff. finden sich eine Reihe von Einwendungen gegen die Statthaftigkeit der Appellation aufgeführt, welche er alle, eine nach der anderen, widerlegt. Diese Einwendungen waren auch leicht zu widerlegen. Wir hielten es nicht für nothwendig, unsere Leser mit der Vorführung und Würdigung derselben zu belästigen. Sie sind sämmtlich nicht aus der Natur der Sache selbst geschöpft, sondern betreffen großentheils bloß Aeußerlichkeiten z. B., die großen Kosten der Appellation ꝛc. oder sind ganz oberflächlicher Natur z. B. daß die Kassation die Appellation überflüssig mache ꝛc. — Das, was wir in dem Folgenden gegen die Appellation einzuwenden haben, hat Hulshoff nicht vorgesehen. —

der freien, ungebundenen, subjektiven Ueberzeugung des Richters hervor, die zwar eine irrthümliche d. h. mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmende sein, deren Irrthum aber nicht aufgefunden und zur Erkenntniß gebracht, nicht objektiv dargestellt werden kann, weil die Ueberzeugung, wiewohl durch objektive, äußerliche Mittel hervorgerufen, doch immer ein rein Innerliches, rein Subjektives ist [1]).

Die Prüfung eines Urtheiles setzt voraus, daß der prüfende Richter, welcher dasselbe für irrthümlich oder fehlerhaft erklären will oder soll, auch im Stande sei, genau zu bezeichnen, wo gefehlt worden, oder worin der Fehler liege, und dies setzt wieder voraus, daß dem Richter, von welchem der angefochtene Ausspruch ausgegangen, Vorschriften gegeben waren, nach denen er sein Urtheil zu bilden verpflichtet war, und wonach nun der prüfende Richter die Angemessenheit der Entscheidung beurtheilen soll. Wo daher dem ersten Richter der Weg nicht in solcher kategorisch bestimmten Weise vorgezeichnet ist, den er bei der Bildung seines Urtheils einzuschlagen und einzuhalten habe, wo es demselben freigegeben ist, auf welche Weise er sich sein Urtheil bilden, und wodurch er sich in seiner Ueberzeugung bestimmen lassen wolle, — da kann ihm auch ein zweiter Richter nicht sagen, er hätte diesen oder jenen Weg gehen, oder sich durch dieses oder jenes Beweismittel überzeugen lassen sollen. Es kann Ersterem nicht der Punkt gezeigt werden, wo er von dem ihm vorgezeichneten Wege abgewichen sei, wo er die ihm vorgeschriebenen Regeln verletzt habe, und zwar deßhalb nicht, weil ihm eben kein solcher Weg vorgezeichnet und keine solche Regeln vorgeschrieben waren.

Dem zweiten Richter ist in diesem Falle ganz und gar unbekannt, wie sich der erste Richter sein Urtheil gebildet hat und warum er sich zu dieser und keiner anderen Ueberzeugung habe bestimmen lassen. Es fehlt ihm zur Prüfung der fraglichen Entscheidung mit

1) Temme a. a. O. S. 167 hat dies bezüglich des Verdikts einer jury erkannt, und es ist unbegreiflich, wie er bezüglich der Thatfragenentscheidung eines rechtsgelehrten Richterkollegiums nicht einsehen konnte. — Es ist vielleicht nicht überflüssig, zu bemerken, daß obige Behauptung, wenn man bei der Thatfragenentscheidung zwischen dem Ausspruche über das objektive Thatsächliche (daß eine gewisse That geschehen und daß der X der Thäter sei) und dem Ausspruche über das subjektive Thatsächliche oder die Kulpabilität unterscheiden will, — für beide Bestandtheile gelte.

anderen Worten der zu einer jeden Prüfung nothwendige Anhaltspunkt, der Prüfungsmaaßſtab oder die Norm, wonach das zu prüfende Objekt beurtheilt werden ſoll. Jede Prüfung iſt nämlich eine Vergleichung zweier gegebener Dinge; um eine Sache prüfen zu können, bedarf man nothwendig eines Anderen, womit man das zu Prüfende vergleiche; ohne ein ſolches Andere iſt keine Prüfung möglich.

Was ſoll nun aber hier dieſes Andere, dieſer Prüfungsmaaßſtab, dieſe Norm ſein? Womit ſoll die Entſcheidung der Thatfrage verglichen werden, wenn es für dieſe Entſcheidung keine allgemeine bindende Norm giebt, ſondern dieſelbe aus der freien ſubjektiven Ueberzeugung des Richters hervorgeht?

Wollte man vielleicht behaupten, das in den Akten enthaltene Beweismaterial liefere Anhaltspunkte genug, um die Richtigkeit der Entſcheidung zu prüfen und zu beurtheilen, ſo würde man gerade das überſehen, um was es ſich bei dieſer Prüfung handelt. Es handelt ſich hier nämlich um nichts Anderes, als um die Frage, ob die in dem richterlichen Ausſpruche niedergelegte Würdigung des Beweismaterials richtig ſei. Dieſes Beweismaterial bildet den Grund der ausgeſprochenen Ueberzeugung; daſſelbe kann alſo nicht zugleich der Maaßſtab für die Beurtheilung der Richtigkeit der Ueberzeugung ſein. Jenes Beweismaterial und dieſe Ueberzeugung verhalten ſich zu einander wie Grund und Folge, ſind alſo zwei ganz disparate Dinge, die vernünftigerweiſe nicht miteinander verglichen werden können. Nur gleichartige Dinge können miteinander verglichen werden. Grund und Folge vertragen keine Parallelliſtrung.

Wollte man ferner vielleicht die Ueberzeugung des höheren Richters als ſolchen Maaßſtab gelten laſſen, ſo wäre dagegen einzuwenden, daß dieſe Ueberzeugung in dem Momente, wo die Prüfung verlangt wird, noch nichts Gegebenes, nichts Fertiges, ſondern ein erſt zu Bildendes, Zukünftiges ſei. Die Foderung einer Prüfung ſetzt aber zwei ſchon gegebene, beſtehende Dinge voraus. Aber auch abgeſehen hievon kann die Ueberzeugung des höheren Richters aus dem Grunde nicht über die Richtigkeit der ausgeſprochenen Ueberzeugung des Untergerichts entſcheiden, weil ſich für eine derartige Ueberordnung des Obergerichts über das Untergericht gar keine vernünftige Begründung erdenken läßt. Die Entſcheidung der That- oder Schuldfrage iſt nämlich keine ſpecifiſch juriſtiſche, ſondern eine

ſolche Operation, die auch ohne juriſtiſche Kenntniſſe und Bildung vollzogen werden kann. Um alſo die fragliche Ueberordnung des höheren über den unteren Richter zu begründen, müßte man zu der abenteuerlichen Annahme ſeine Zuflucht nehmen, daß jener — nicht etwa eine vollkommenere juriſtiſche Befähigung, nein, — einen beſſeren Menſchenverſtand beſitze, eine Begründung des Inſtituts der Inſtanzeneinrichtung, welche ebenſo der Geſchichte, wie der Natur der Sache völlig fremd iſt.

Wir haben oben geſehen, daß ſchon das Ziehen an den höheren Richter und die Entſtehung der Oberhöfe lediglich auf dem Gedanken beruhten, daß der höhere Richter eine beſſere, reinere Quelle des Rechts ſei. Eine andere Bedeutung kann das Inſtitut auch der Natur der Sache gemäß nicht haben. Man kann es wohl geradezu für eine Abſurdität erklären, dem höheren Richter einen beſſeren Menſchenverſtand anzudichten.

Wohl aber kann man ohne dem Inſtitute ſeinen Grund zu nehmen nicht in Abrede ſtellen, daß der höhere Richter präſumtiv eine beſſere Rechtskenntniß beſitze. Inſoferne die Thatfrage nicht durch eine poſitive Beweistheorie in eine Rechtsfrage verwandelt iſt, kann daher der höhere Richter die Thatfrageentſcheidung des unteren Richters keiner Prüfung unterwerfen und ſteht ihm über deren Richtigkeit kein Urtheil zu, wenn auch die Entſcheidung lediglich aus einem aktenmäßigen Beweismateriale hervorgegangen iſt.

Wir können demnach auch Molitor [1]) nicht beipflichten, wenn derſelbe ganz allgemein behauptet, „ein aus geſchloſſenen Akten geſchöpftes Urtheil könne ohne Schwierigkeit von dem höheren Richter nach allen Seiten geprüft werden.“. Gerade der Hauptgrund des Urtheils, der wahre, eigentliche Entſcheidungsgrund, warum ſich nämlich der Richter durch das Beweismaterial zu der ausgeſprochenen Ueberzeugung habe beſtimmen laſſen [2]), iſt jeglicher Prüfung entrückt und unzugänglich, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil er unbekannt iſt.

Ebenſo geht A. Friedreich [3]) einerſeits nicht weit genug, wenn

1) a. a. O. S. 47.

2) Köſtlin „Wendepunkt“ ꝛc. S. 114 nennt ihn „Geſammteindruck.“

3) „Bemerkungen über die Rechtsmittel im franzöſiſchen Strafverfahren mit beſonderer Rückſicht auf das bayeriſche Geſetz vom 10. November 1848.“ Aſchaffenb. 1851 S. 12.

er ſich darauf beſchränkt, zu behaupten, daß nur bei einem mündlichen Verfahren eine Berufung gegen den Ausſpruch über die Thatfrage unſtatthaft ſei. Nicht in der Mündlichkeit des Beweisverfahrens, ſondern in dem Aufgeben der bindenden Regeln für die Würdigung der Beweiſe liegt der Grund, warum die Berufung unſtatthaft iſt. Nicht das Prinzip der Aktenmäßigkeit, ſondern die bindende poſitive Beweistheorie iſt die Vorausſetzung für die Prüfung der Thatfrageentſcheidung. Wo die letztere fehlt, da iſt die Berufung unſtatthaft, es mag nun die Mündlichkeit oder Schriftlichkeit gelten.

Andererſeits geht aber Friedreich zu weit, wenn ſeine Behauptung ſo zu verſtehen iſt, daß alles dasjenige, was man gewöhnlich unter Thatfrage begreift — nämlich dasjenige, was durch die engliſche Jury in einem Generalverdikte entſchieden wird, — jeglicher Anfechtung entzogen ſein ſolle. Denn nach Obigem kann die in einem ſolchen Wahrſpruche enthaltene rechtliche Qualifikation allerdings angefochten, geprüft und korrigirt werden.

Der einzig wahre, innere Grund der Verwerflichkeit der ſog. Berufung im engliſch-franzöſiſchen und neueren deutſchen Strafverfahren beſteht, wie bemerkt, in dem Mangel einer poſitiven bindenden Beweistheorie oder, — was daſſelbe iſt, in dem Prinzipe der Entſcheidung der Thatfrage nach der freien Ueberzeugung des Richters.

Hieraus ergiebt ſich dann von ſelbſt:

1) daß die Unanfechtbarkeit und Unabänderlichkeit des Wahrſpruches der Jury ſich nur auf die Entſcheidung der Thatfrage im eigentlichen Sinne (jedoch mit Einſchluß des Ausſpruches über die Kulpabilität), nicht aber auf die rechtliche Qualifikation beziehe;
2) daß es jedoch hiebei gleichgiltig ſei, ob dieſe Entſcheidung aus Akten oder aus dem Eindrucke einer mündlichen Verhandlung, und
3) ob ſie von rechtsgelehrten Richterbeamten oder eigentlichen Geſchwornen geſchöpft ſei.

Die Zulaſſung der Berufung in der Weiſe, wie ſie im franzöſiſchen und neueren deutſchen Strafproceßrechte beſteht, beruht theils auf einer falſchen Auffaſſung desjenigen Beſtandtheiles des richterlichen Urtheiles, welchen man als Entſcheidung der Thatfrage bezeichnet, theils auf einer Verkennung des Berufes des juriſtiſchen Elementes im Strafgerichte, theils endlich auf dem Mangel an Einſicht

in den Zweck der Inſtanzeneinrichtung. Man glaubte annehmen zu dürfen, daß, weil im früheren Rechte die Entſcheidung der Schuld-Frage in ihrem ganzen Umfange anfechtbar und abänderlich, dies auch ohne Weiteres im neuen Verfahren der Fall ſein müſſe. Allein man überſah hiebei die weſentliche Aenderung in dem Prinzipe der Entſcheidung der Thatfrage; man überſah, daß der rechtsgelehrte Richterbeamte, welchem das ganze Urtheil über den Straffall übertragen wird, ſeit dieſer Aenderung im Prinzipe 2 weſentlich von einander verſchiedene Funktionen vollzieht, die des juriſtiſchen Elementes und die des außerjuriſtiſchen d. i. die des Geſchwornen; man überſah, daß ſich der Inſtanzenzug einzig und allein auf das juriſtiſche Element im Strafgerichte, auf die juriſtiſche Funktion, nicht auf das außerjuriſtiſche Element, nicht auf die außerjuriſtiſche Funktion beziehe und beziehen könne [1]).

Der Inſtanzenzug hat lediglich den Zweck, juriſtiſche Irrthümer d. h. unrichtige Anwendungen des poſitiven Rechts oder des Geſetzes zu verbeſſern. Der Oberrichter hat als ſolcher lediglich die Vermuthung der beſſeren und vollkommeneren Rechtskenntniß, der tüchtigeren juriſtiſchen Bildung für ſich. Einen anderen Zweck kann der Inſtanzenzug nicht haben. Der Oberrichter hat als ſolcher nicht die Vermuthung einer beſſeren allgemeinen Bildung oder eines beſſeren Menſchenverſtandes für ſich. Hinſichtlich des letzteren beſteht kein Unterſchied zwiſchen Ober- und Unterrichter als ſolchen.

Wollte man dieſen Unterſchied annehmen, ſo würde daraus offenbar folgen, daß man dem Oberrichter ſofort die erſte Entſcheidung der Thatfrage übertragen müßte. Die Zulaſſung der Berufung gegen die Entſcheidung der reinen Thatfrage kann nur unter der gewiß verwerflichen Vorausſetzung gebilligt werden, daß der Unterrichter weniger Menſchenverſtand beſitze, als der Oberrichter [2]).

Der juriſtiſche Richter hat als ſolcher keinen anderen Beruf,

1) Wenn behauptet wird, die Berufung und die zweite Inſtanz dienten auch dazu, daß der Angeklagte Gelegenheit erhalte, ſich beſſer zu vertheidigen, als in der erſten Inſtanz, ſo wird dieſer Einwand unten ſeine Widerlegung finden.

2) Wir glauben hier daran erinnern zu müſſen, daß wir von dem Falle der Anfechtung ex capite novorum ganz abſtrahiren. Es iſt bereits bemerkt worden, daß es in einem ſolchen Falle gar nicht der Anrufung des Oberrichters bedürfe.

als den der Anwendung des Gesetzes oder positiven Rechts, und nur insoferne er eine aus diesem Berufe geflossene Handlung vornimmt, unterliegt er der Kontrolle des höheren juristisch-präsumtiv besser gebildeten Richters, und nur die Richtigkeit einer solchen Handlung ist dieser zu prüfen im Stande. Denn nur hiefür hat derselbe einen Prüfungsmaaßstab, welcher überall kein anderer sein kann, als das positive Recht oder das Gesetz selbst, welches der Unter-Richter in Anwendung zu bringen hatte. —

Schließlich ist noch zu bemerken, daß die Behauptung von der Unanfechtbarkeit der Entscheidung der Thatfrage zum Theil auch für den Fall gelte, wo nur eine sog. negative Beweistheorie besteht.

Denn auch bei der Herrschaft einer negativen Beweistheorie ist die richterliche Ueberzeugung bei der Entscheidung dieser Frage insoweit frei, daß dem prüfenden Richter in den meisten Fällen jeder Maaßstab zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung fehlen würde.

Nur da ist eine solche Prüfung, mithin auch die Anfechtung möglich, wo sich die letztere darauf bezieht, daß ein Ausspruch auf Schuldig [1]) erfolgt sei, obwohl das gesetzliche Beweisminimum nicht vorhanden war. Hier bildet die gesetzliche Vorschrift, welche das Beweisminimum aufstellt, den Anhaltspunkt und Maaßstab für die Prüfung der Richtigkeit der Entscheidung.

Indessen haben wir hierauf nicht weiter Rücksicht zu nehmen, und zwar nicht so fast deßwegen, weil es wohl nicht leicht vorkommen dürfte, daß ein an eine negative Beweistheorie gebundener Richter ein Schuldig ausspräche, ohne daß das Beweisminimum komplet vorhanden wäre, sondern vielmehr deßwegen, weil, wie wir gesehen haben, auch eine bloß negative bindende Beweistheorie mit dem Untersuchungsprinzipe unverträglich ist.

§. 31.

Fortsetzung.

2) bei einem mündlichen Verfahren.

Ist es also schon unmöglich, daß ein Urtheil geprüft werde,

1) Im Falle eines auf not guilty lautenden Ausspruches kann niemals eine Anfechtung „wegen Verletzung einer solchen Beweisregel" erfolgen, weil eben eine negative Beweistheorie keine Vorschrift enthält, daß bei dem Vorliegen eines gewissen Beweisquantum's und Beweisquale's ein Schuldig auszusprechen sei.

welches, wenn auch aus der freien Ueberzeugung des Richters hervorgegangen, so doch auf ein in Akten niedergelegtes Beweismaterial gebaut ist, — um wie viel weniger muß dann die Prüfung eines Urtheils möglich sein, welches nicht bloß aus der freien Ueberzeugung des Richters hervorgegangen, sondern auch noch auf das Resultat eines unmittelbaren mündlichen Beweisverfahrens gegründet ist.

Hier ist nicht nur unbekannt, warum sich der Richter durch diese oder jene bewiesene Thatsache zu der fraglichen Ueberzeugung bewegen ließ, sondern es fehlt hier die (jedenfalls die vollständige) Kenntniß der objektiven Beweise oder der Beweismittel, durch welche die Ueberzeugung bestimmt wurde, — also nicht bloß an der Kenntniß der subjektiven (im Innern des Richters liegenden), sondern auch der objektiven Gründe, auf welche das Urtheil gebaut wurde. Wie soll da eine Prüfung der Richtigkeit dieser Entscheidung vorgenommen werden? Wollte man auch, von der — freilich unrichtigen — Voraussetzung ausgehen, daß nachzuweisen möglich sei, worin der erste Richter gefehlt habe, so ist bei einem mündlichen Verfahren eine solche Prüfung schon deßhalb unmöglich, weil demjenigen, welcher der mündlichen Verhandlung nicht beigewohnt hat, die Kenntniß von der thatsächlichen Grundlage fehlt, auf welche das Urtheil gebaut wurde.

Oder glaubt man vielleicht, diese Kenntniß könne aus jenen Ausschreibungen geschöpft werden, welche während der Verhandlung von dem Gerichtsschreiber gemacht zu werden pflegen? — Eine solche Annahme wäre nur bei einem gänzlichen Verkennen des Wesens des mündlichen Verfahrens möglich. Wenn auch diese Aufschreibungen nicht so dürftig wären, als sie in der Regel sind und sein müssen, wenn sie auch noch so vollständig wären, ja, wenn sogar von Anfang bis zum Ende Alles, was während der Verhandlung gesprochen wird, stenographirt würde, so wäre dies noch immer bei weitem nicht hinreichend, um ein vollständig getreues Bild der Verhandlungen zu geben. Es würde diesen Protokollen noch immer unendlich Viel fehlen, um den Verhandlungen selbst zur Seite oder als Aequivalent an deren Stelle gesetzt werden zu können.

Worin besteht denn der wesentliche oder Hauptvorzug des münd-

lichen Verfahrens vor dem schriftlichen [1])? Er besteht, auch abgesehen von der größeren Beschleunigung des Verfahrens, von der besseren Gelegenheit, die Thatsachen vollständig evident zu machen, von der Möglichkeit einer wirksameren Vertheidigung des Angeklagten ꝛc. hauptsächlich darin, daß der urtheilende Richter den Beschuldigten und das ganze Beweisverfahren unmittelbar und mit eigenen Sinnen wahrnimmt, und daß er aus diesen Wahrnehmungen die Bestimmungsgründe für sein Urtheil schöpft, — Bestimmungs-Gründe, welche dem bloß auf Akten hin urtheilenden Richter großentheils unzugänglich und unerreichbar sind.

Sehr richtig bemerkt hierüber Molitor [2]): „In der That kann man bei der praktischen Vergleichung der Resultate des schriftlichen und des mündlichen Verfahrens für die Sicherheit und Vollständigkeit der faktischen Erörterung jenem nur den Werth eines Surrogats im Verhältnisse zu der ächten Waare zusprechen. Auch der geschickteste Inquirent ist außer Stande, die eigene Anschauung des Richters zu ersetzen. Wie dürftig erscheinen insbesondere unsere Gebärdennoten, selbst in der Voraussetzung, daß jeder Inquirent die dazu erfoderliche Menschenkenntniß und Beobachtungsgabe besitze. Wie zahlreich sind diejenigen, welche wegen ihrer verfehlten Tendenz in das Gebiet des Lächerlichen fallen, und Stoff zur Bereicherung der Anekdotensammlungen liefern könnten ꝛc.“ Ebenso muß man demselben unbedingt beistimmen, wenn derselbe weiter [3]) behauptet, „die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung durch protokollarische

1) Die beste Charakteristik der Schriftlichkeit hat C. G. v. Wächter mit wenigen Worten in seinen meisterhaften „Beiträgen zur deutschen Geschichte ꝛc.“ Tüb. 1845 S. 80 geliefert: „In den Akten steht kaum der dritte Theil von dem, was der Inquirent mit dem Inquisiten verhandelte und von diesem Bruchstücke trägt dem erkennenden Gerichte der Referent nur einen Theil vor, und nach diesen Fragmenten, ohne den Inkulpaten, ohne die Zeugen gesehen und gehört zu haben, soll das erkennende Gericht durch dreifache Gläser, deren Färbung großentheils vom Inquirenten und Referenten abhängt, über Schuld und Unschuld richten!“

2) a. a. O. S. 10 vgl. auch Mittermaier „die Mündlichkeit, das Anklage-Prinzip ꝛc.“ Stuttgart 1845 S. 245 ff.; Köstlin „Wendepunkt ꝛc.“ S. 72 ff.; Biener „Abhandl. II. S. 133, 139 ff.; Geib „die Reform des deutschen Rechtslebens, Leipzig 1848 S. 121; Rudhart a. a. O. S. 13. Die Schriften von Leue, Zachariä, Braun, Wiest u. A.

3) a. a. O. S. 47.

Aufzeichnung fixiren zu wollen, wäre ein vergebliches Beginnen, es würde überdies dem Geiste dieser Verhandlung durchaus widersprechen und zu unerträglicher Weitläufigkeit führen".

Bestellt man einen auf jene Aufzeichnungen hin urtheilenden Richter zur Prüfung eines nach mündlicher Verhandlung gesprochenen Urtheils, so liegt hierin die größte Inkonsequenz, die nur denkbar ist [1]). Auf der einen Seite anerkennt man nämlich den Vorzug des mündlichen Verfahrens vor dem schriftlichen, respektive des Urtheilens nach eigener Wahrnehmung vor dem Urtheilen auf Akten hin, — während man andrerseits annehmen zu können glaubt, als lasse sich aus jenen Aufzeichnungen die Richtigkeit eines Urtheiles bemessen, dessen Grundlage das Resultat oder der Totaleindruck einer unmittelbaren mündlichen Beweisverhandlung bildet.

Bei dieser Sachlage kann es den Vertheidigern der Berufung wegen unrichtiger Entscheidung der Thatfrage auch nichts nützen, daß das französische Recht in Zuchtpolizeisachen eine Appellation gestattet. Das französische Recht ist so wenig eine „raison écrite," wie irgend ein anderes positives Recht. Uebrigens wird ja auch in Frankreich selbst über die Strafrechtspflege in der zweiten Instanz geklagt [2]).

Wie man vollends in der Inkonsequenz so weit gehen konnte, daß man behauptete [3]), der judex secundae könne sein Urtheil auf die Akten der Voruntersuchung bauen, ist in der That völlig unbegreiflich [4]). Einer solchen Ansicht kann man nur die Frage entgegenstellen, warum man denn die Untersuchungsakten nicht auch zur Grundlage des erstrichterlichen Urtheiles mache. Dies ist doch offenbar nichts anderes, als das Prinzip der Schriftlichkeit oder Mittelbarkeit, welches man vorher für verwerflich erklärte, dem soeben

---

1) Vgl. auch W. Wiest a. a. O. S. 102.

2) Vgl. Mittermaier im Arch. des Crim. R. 1843 S. 86 ff.

3) Vgl. W. Wiest a. a. O. S. 99. Nicht minder seltsam erscheint der Vorschlag O. Krug's („Mündlichkeit des Kriminalprocesses und zweite Instanz" Leipzig 1847), welcher umgekehrt für die erste Instanz das Urtheilen ex actis beibehalten und für die zweite Instanz ein mündliches Verfahren eingeführt wissen will. Vgl. dagegen Biener a. a. O. S. 172.

4) Wenn man auch der Voruntersuchung keinen so engen Spielraum anweist, wie Geib „Ref. d. d. Rechtsleb." S. 105 ff.

gepriesenen Prinzipe der Mündlichkeit oder Unmittelbarkeit wieder überordnen.

Vergebens sucht man dem zweiten Urtheile dadurch das Uebergewicht und Vertrauen zu verschaffen, daß man auf seinen Ursprung aus einem Obergerichte als einer Quelle besserer Einsicht hindeutet. Kein Kundiger wird sich dadurch täuschen lassen [1]). Es kann nicht zweifelhaft sein, welche Wagschale steigen muß, wenn man in die Eine auch nur die mündliche Verhandlung vor dem Richter der ersten Instanz und in die andere das Obergericht sammt Untersuchungsakten, sammt Protokoll über jene Verhandlung und allem sonstigen Erkenntnißbehelfe legt.

Wenn demungeachtet die Einführung des Rechtsmittels der Berufung, als Mittels zur Anfechtung eines Urtheiles wegen unrichtiger Entscheidung der Thatfrage, ihren Grund in dem Bestreben der Gesetzgeber hatte, ein größeres Vertrauen in die Gerechtigkeit der Strafrechtspflege herzustellen, so kann man hierin nur einen unglücklichen Fehlgriff erblicken, der auf der unverdienten Deferenz gegen Diejenigen zu beruhen scheint, welche, obwohl von den Vorzügen des mündlichen vor dem schriftlichen Verfahren überzeugt, dennoch das nach mündlicher Verhandlung gefällte Urtheil eines Untergerichtes mit Mißtrauen aufnehmen, während sie sich bei dem aus Akten gesprochenen Urtheile des Obergerichtes vollkommen beruhigt finden. Die Berufung ist hier, wie Friedreich [2]) treffend bemerkt, eine **appellatio a judice melius informato ad judicem male informatum.**

§. 32.

Fortsetzung.

Wiederlegung von Irrthümern.

Die Gesetzgebung hat jedoch selbst eingesehen, daß jene Aufzeichnungen des Gerichtschreibers als Grundlage für die Prüfung der Richtigkeit des angefochtenen Urtheiles ungenügend seien, und sich in dieser Einsicht bemüht, eine Ergänzung zu denselben ausfindig zu machen. Eine solche Ergänzung vermeinte man dadurch gewin-

1) Vgl. z. B. Molitor a. a. O. S 48; W. Wieß a. a. O. S. 105 ff.; Köstlin Geschwornengericht für Nichtjuristen S. 148.

2) a. a. O. S. 13. Ganz dasselbe bemerkt auch Wieß a. a. S. S. 103.

ſteht daher die präjudizielle Frage, ob jene Vorausſetzung in allen Fällen, ja, ob ſie nur in einem einzigen Falle als exiſtent angenommen werden könne.

Wir glauben, dieſe Frage entſchieden verneinen und behaupten zu können, daß von der nothwendigen Sicherheit der Uebereinſtimmung beider Reſultate gar nicht die Rede ſein könne. Wir behaupten, daß die Grundlage des Urtheils (das Beweismaterial), welches durch die Verhandlung in zweiter Inſtanz hergeſtellt wird, überall eine ganz andere ſein werde, als die durch die erſte Verhandlung gewonnene, und daß demgemäß auch der Ausſpruch des Oberrichters über die Richtigkeit des unterrichterrlichen Urtheiles ein ſehr gewagter ſein müſſe.

Die Rechtfertigung dieſer Behauptung liegt ſchon in dem, was oben [1]) über die Unmöglichkeit einer ſichern Prüfung bemerkt worden iſt, wenn dieſe Prüfung lediglich aus Gerichtsprotokollen geſchehen ſoll, und wenn der Gegenſtand dieſer Prüfung ein Urtheil iſt, welches nach mündlicher Verhandlung geſprochen wurde. Dieſe Unmöglichkeit, ſowie die Verſchiedenheit der Grundlage der beiden Urtheile wird aber dadurch nicht aufgehoben, daß jenen Gerichtsprotokollen einzelne wiederholte Zeugenvernehmungen und dergleichen zur Seite geſtellt werden, ſondern die fragliche Verſchiedenheit wird durch dieſe ſogenannte Ergänzung in der Regel ſogar noch um ein Bedeutendes vergrößert werden.

Denn wer weiß nicht aus eigener Erfahrung, wie verſchieden die zu verſchiedenen Zeiten und von verſchiedenen Richterperſonen vorgenommenen Vernehmungen eines und deſſelben Zeugen über eine und dieſelbe Sache lauten? Wer weiß nicht, daß das Reſultat einer Zeugenvernehmung großentheils von der Perſönlichkeit des Vernehmenden, von der momentanen Stimmung des Vernommenen und von dem Maaße der Zeit abhängig iſt, welche zwiſchen der fraglichen Wahrnehmung des Zeugen und ſeiner Vernehmung in Mitte liegt?

Mit dieſer Anſicht ſteht freilich die von Mittermaier [2]) angeführte Bemerkung des Grafen Portalis in direktem Widerſpruche. Derſelbe bemerkt nämlich in einem Berichte über Preisſchriften in

1) S. 122 ff.

2) Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip ꝛc. S. 415.

die Entſcheidung der Sache in dieſem Falle einem andern Richter zu übertragen, als demjenigen, welcher das erſte Urtheil geſprochen hat.

Muß nun aber jede auf nova geſtützte Urtheilsanfechtung, welche nichts Anderes iſt, als ein Geſuch um Wiederaufnahme des Verfahrens, bei dem judex primae angebracht und ausgeführt werden, ſo kann doch offenbar nicht davon die Rede ſein, daß ſolche nova als Mittel zur Ergänzung jenes Materials dienen können, deren der judex secundae zur Prüfung der Richtigkeit der Entſcheidung des judex primae bedürfte. Es liegt vielmehr in dem Vorbringen eines novum ein Grund zur Anrufung des judex primae und ſomit zur Ausſchließung der Kognition des judex secundae.

§. 33.

Fortſetzung.

2) Was ſodann die Wiederholung einzelner Theile des Beweiſes z. B. Zeugenvernehmungen betrifft, ſo kann zwar dadurch ein zweites neues Urtheil, nicht aber eine Prüfung des erſten Urtheiles (ein ſicheres Urtheil über die erſtrichterliche Entſcheidung) ermöglicht werden.

Denn für's Erſte fehlt es hier wieder an dem nach Obigem zu dieſer Prüfung nothwendigen objektiven Maaßſtabe zur Würdigung des Schluſſes, welcher der im Unterſatze des Urtheiles ausgeſprochenen Ueberzeugung zu Grunde liegt, es fehlt an Geſetzen, nach welchen der Richter der erſten Inſtanz ſeine Entſcheidung der Thatfrage zu bilden hatte und nach denen eine Prüfung dieſer Entſcheidung vorgenommen werden könnte, es fehlt mit Einem Worte an bindenden poſitiven Beweisregeln.

Ueberdies iſt aber eine ſolche Prüfung nach Maaßgabe der wiederholt gepflogenen Beweisverhandlungen ſchon deßhalb unſtatthaft, weil dieſes Criterium ſeiner Natur gemäß ein unzuverläſſiges und trügliches iſt.

Die nothwendige Vorausſetzung der Verläſſigkeit dieſes Criteriums wäre nämlich offenbar die Sicherheit, daß durch die neuerlichen Beweisverhandlungen genau daſſelbe Reſultat geliefert würde, wie durch die früheren. Denn wenn dieſes Reſultat von dem der früheren Verhandlung abweicht, ſo kann daſſelbe unmöglich dem erſten Urtheile als Grundlage untergeſchoben werden. Es ent-

ſteht daher die präjudizielle Frage, ob jene Vorausſetzung in allen Fällen, ja, ob ſie nur in einem einzigen Falle als exiſtent angenommen werden könne.

Wir glauben, dieſe Frage entſchieden verneinen und behaupten zu können, daß von der nothwendigen Sicherheit der Uebereinſtimmung beider Reſultate gar nicht die Rede ſein könne. Wir behaupten, daß die Grundlage des Urtheils (das Beweismaterial), welches durch die Verhandlung in zweiter Inſtanz hergeſtellt wird, überall eine ganz andere ſein werde, als die durch die erſte Verhandlung gewonnene, und daß demgemäß auch der Ausſpruch des Oberrichters über die Richtigkeit des unterrichterrlichen Urtheiles ein ſehr gewagter ſein müſſe.

Die Rechtfertigung dieſer Behauptung liegt ſchon in dem, was oben [1]) über die Unmöglichkeit einer ſichern Prüfung bemerkt worden iſt, wenn dieſe Prüfung lediglich aus Gerichtsprotokollen geſchehen ſoll, und wenn der Gegenſtand dieſer Prüfung ein Urtheil iſt, welches nach mündlicher Verhandlung geſprochen wurde. Dieſe Unmöglichkeit, ſowie die Verſchiedenheit der Grundlage der beiden Urtheile wird aber dadurch nicht aufgehoben, daß jenen Gerichtsprotokollen einzelne wiederholte Zeugenvernehmungen und dergleichen zur Seite geſtellt werden, ſondern die fragliche Verſchiedenheit wird durch dieſe ſogenannte Ergänzung in der Regel ſogar noch um ein Bedeutendes vergrößert werden.

Denn wer weiß nicht aus eigener Erfahrung, wie verſchieden die zu verſchiedenen Zeiten und von verſchiedenen Richterperſonen vorgenommenen Vernehmungen eines und deſſelben Zeugen über eine und dieſelbe Sache lauten? Wer weiß nicht, daß das Reſultat einer Zeugenvernehmung großentheils von der Perſönlichkeit des Vernehmenden, von der momentanen Stimmung des Vernommenen und von dem Maaße der Zeit abhängig iſt, welche zwiſchen der fraglichen Wahrnehmung des Zeugen und ſeiner Vernehmung in Mitte liegt?

Mit dieſer Anſicht ſteht freilich die von Mittermaier [2]) angeführte Bemerkung des Grafen Portalis in direktem Widerſpruche. Derſelbe bemerkt nämlich in einem Berichte über Preisſchriften in

1) S. 122 ff.

2) Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip ꝛc. S. 415.

den Mémoires de l'academie des sciences morales de France (Paris 1841) vol. III. pag. 467. L'appel est une des plus sures garanties d'une bonne administration de la justice, parce qu'il menage l'utile intervention du temps, ce puissant allié de la justice et de la vérité, qui complet les preuves, dissipe les préventions et les préjuges, calme les passions et permet á l'impartiale raison de récouvrer son empire.

Dieſe Bemerkung erhält aber ebenſowenig von der Natur der Sache, wie von der Erfahrung irgend eine Beſtättigung. Es mag wohl in politiſchen Fragen von einer „utile intervention du temps“ geſprochen werden [1]), in gerichtlichen Verhandlungen dagegen, wo es darauf ankommt, daß der Zeuge aus möglichſt friſcher Erinnerung deponire, daß überhaupt die Beweiſe des Geſammtthatbeſtandes in möglichſter Integrität und Vollſtändigkeit hergeſtellt werden können, — kann ein längerer Zwiſchenraum zwiſchen der fraglichen Wahrnehmung und der Vernehmung des Zeugen ꝛc., wie die tägliche Erfahrung lehrt, nicht nur nichts nützen, ſondern muß im Gegentheile höchſt nachtheilig ſein. Auch hat man wenigſtens in der deutſchen Rechtspflege bislang nicht ſo faſt über Vorurtheile und Leidenſchaftlichkeit, als vielmehr über Vergeßlichkeit der Zeugen zu klagen gehabt [2]); und was die angebliche Vervollſtändigung des Beweiſes betrifft, welche durch dieſe utile intervention du temps bewirkt werden ſoll, ſo ſcheint der franzöſiſche Akademiker hiebei jenes Rechts-Inſtitutes völlig vergeſſen zu haben, welches gerade darin ſeinen Hauptgrund hat, daß mit dem Ablaufe einer längern Zeit die Beweisführung zu ſehr erſchwert oder gar unmöglich gemacht wird, mit einem Worte, er hat an das Inſtitut der Verjährung nicht gedacht.

Ferner iſt, wie Wieſt [3]) ſehr richtig bemerkt, „zu beſorgen, daß manche Zeugen im Hinblick auf die ihnen durch das ergangene

1) Uebrigens giebt es auch hier bekanntlich ein „trop tard.“

2) Auf dieſer Erwägung beruht auch die Regel des engliſchen Beweisrechts, daß bei Verbrechen, die durch Worte verübt werden, z. B. Gotteslästerung die fraglichen verbrecheriſchen Aeußerungen bei Verluſt des Rechts zur Anklage entweder ſofort oder binnen einer kurzen Friſt bei Gericht angezeigt und erwieſen werden müſſen, weil gerade bei derartigen Verbrechen die Gefahr am größten iſt, daß die Zeugen ihre Wahrnehmungen nicht treu im Gedächtniſſe bewahren. Vgl. Mittermaier „das engliſche ꝛc. Strafverf.“ S. 335.

3) a. a. O. S. 99.

Erkenntniß klar gewordenen Folgen ihres Zeugnisses vor dem zweiten Richter nicht mehr mit derselben Unbefangenheit und Rücksichtslosigkeit ihre Aussagen machen werden, wie vor dem ersten; überdies kann in der Zwischenzeit auf die Zeugen durch Versprechungen, Drohungen u. s. w. eingewirkt werden, und dies ist in jenem Stadium des Processes weit mehr zu befürchten, als vor dem ersten Erkenntniß, weil man nun die Zeugen und das Gewicht ihrer Aussagen besser kennt" [1]).

Hiezu kommt dann noch — um von den großen Kosten einer solchen zweiten wenn auch nur theilweisen Beweisführung und der häufig eintretenden Unmöglichkeit der wiederholten Beweisführung ganz zu schweigen, — daß das äußerliche Benehmen des Angeklagten und der Zeugen, auf welches mit Recht großes Gewicht gelegt wird, sicherlich bei der zweiten Verhandlung ein ganz anderes sein wird, als bei der ersten; es kommt hiezu auch, daß dem Angeklagten in der zweiten Verhandlung nicht alle Zeugen gegenübergestellt werden, und somit dem judex secundae sehr wichtige Erkenntnißmittel benommen sind, welche auf die Bildung des erstrichterlichen Urtheiles von großem Einflusse waren. Es kommt hiezu ferner, daß das Verhältniß der verschiedenen Beweismittel zu einander bei ihrer bald unmittelbaren, bald mittelbaren (ex actis) Produktion sich als ein von dem frühern völlig verschiedenes darstellen, daß endlich überhaupt der Totaleindruck der zweiten Verhandlung ein ganz anderer sein wird, als der der ersten.

Sehr richtig bemerkt daher Molitor [2]): „da diese (die mündliche) Verhandlung nur sehr unvollständig zur Aktenmäßigkeit gebracht werden kann, und die unmittelbare richterliche Wahrnehmung keiner Uebertragung auf einen andern Gerichtshof fähig ist: so bleibt nichts anderes übrig, als daß dieser die ganze Operation selbst von Neuem vornehme."

Indem der Oberrichter die Prüfung und Korrektur des unterrichterlichen Urtheiles nach dem Eindrucke vornimmt, den die vor ihm gepflogene Verhandlung auf ihn gemacht hat, gleicht er dem

1) Vgl. auch Mittermaier „das englische ꝛc. Strafverf." S. 538. Wenn die Justiz keinen besseren Alliirten hätte, als die Zeit, so stünde es wahrscheinlich schlimm mit ihr! —

2) a. a. S. 47.

Maler, welcher das Bild einer im Mittagslichte aufgenommenen Landschaft nach der Abendbeleuchtung prüfen und korrigiren will.

§. 34.

Fortsetzung.

Die Entscheidungsgründe.

Endlich muß noch der Ansicht gedacht werden, daß das Rechtsmittel der Berufung durch das Institut der Entscheidungsgründe gerettet werden könne.

Es kann uns nicht in den Sinn kommen, gegen die Entscheidungsgründe irgend eine Einwendung zu machen, insoweit solche Gründe für die Entscheidung alles Desjenigen, was Rechtsfrage ist, gefodert werden [1]).

Wohl aber müssen wir uns gegen die Ausdehnung der Entscheidungsgründe auf den Ausspruch über die reinen Thatfragen erklären. Die herrschende Ansicht scheint uns darin geirrt zu haben, daß sie übersehen hat, wie sich dieses Institut zu einem öffentlich-mündlichen Verfahren ohne positive gesetzliche Beweisregeln ganz anders verhalte, als zu einem geheimen schriftlichen mit solchen Beweisregeln. Dasselbe hat in jenem Verfahren nicht nur gar keinen Sinn und gar keine Bedeutung, sondern es ist in demselben geradezu unmöglich.

Die Entscheidungsgründe (für die Entscheidung der Thatfrage) haben nämlich die Bedeutung eines Surrogats für die Oeffentlichkeit des Beweisverfahrens [2]). Ist das Verfahren öffent-

1) Was die rechtliche Qualifikation betrifft, so bedarf es keiner besonderen Angabe von Entscheidungsgründen, insoferne in den den Geschwornen vorgelegten Fragen außer der technischen Bezeichnung der fraglichen Thatsachen diese Thatsachen selbst mit angeführt sind. Denn bei dieser Einrichtung ist aus den Fragen im Zusammenhalte mit den Antworten leicht zu entnehmen, ob die Qualifikation richtig sei oder nicht.

2) Köstlin Wendepunkt S. 125 betrachtet umgekehrt die Oeffentlichkeit als Surrogat der Entscheidungsgründe. Uns scheint aber die Oeffentlichkeit das Ursprüngliche und Naturgemäße zu sein, dem gegenüber die Entscheidungsgründe als Surrogat und noch dazu als ein sehr unvollkommenes Surrogat erscheinen. Köstlin a. a. O. S. 27 hat ja selbst die Oeffentlichkeit so treffend als eine wesentliche Form des Verfahrens aufgezeigt. In keinem Falle können wir Deruburg „Ueber den Werth und die Bedeutung der Schwurgerichte ꝛc." Frankf. a. M. 1848 beistimmen, wenn derselbe S. 101 behauptet, „nur durch die Motivirung bekomme die Oeffentlichkeit der Gerichtssitzungen ihren wahren Werth."

lich, so daß Jedermann die Beweisverhandlungen selbst mitansehen und anhören kann, wozu bedarf es da eines Surrogates für die Oeffentlichkeit? Wozu sollen hier Rechtfertigungsgründe für die Entscheidung der That- oder Beweisfrage dienen, da man die Beweise ohnehin schon kennt?

Sodann ist zu erwägen, daß die Entscheidungsgründe für den prüfenden Oberrichter nur dann eine Bedeutung haben können, wenn aus ihnen zu entnehmen ist, warum der Unterrichter im Hinblick auf die vorgeführten Beweismittel die angefochtene Entscheidung gegeben habe. Dies ist aber nur dann aus den Entscheidungsgründen zu entnehmen, wenn die Entscheidung auf der Anwendung einer positiven Beweistheorie beruht. Nur hier, wo dieses „Warum?" durch Anführung einer gesetzlichen Vorschrift vor Augen gestellt ist, kann der Oberrichter aus den Entscheidungsgründen entnehmen, ob das Urtheil richtig d. h. gesetzmäßig ist. Wo hingegen dem Richter freigestellt ist, ob er sich durch diese und jene Beweismittel zu dieser oder jener Annahme bestimmen lassen wolle, wo also diese Annahme mit den in concreto vorgeführten Beweismitteln nicht durch eine Gesetzesvorschrift, sondern durch die freie Ueberzeugung des Richters vermittelt wird, — da kann aus den Entscheidungs-Gründen nicht entnommen werden, ob die Entscheidung richtig ist oder nicht; denn die Ueberzeugung ist als ein rein Subjektives und Innerliches jeder Prüfung unerreichbar. Es kann wohl an die Stelle dieser Ueberzeugung eine andere gesetzt, niemals aber nachgewiesen werden, daß dieselbe unrichtig sei [1]).

Vergleichen wir die Entscheidungsgründe eines Ausspruches über die Thatfrage, welcher auf der Anwendung einer bindenden Beweistheorie beruht, mit den Entscheidungsgründen eines solchen Urtheils, welches auf der freien Ueberzeugung des Richters beruht, so finden

1) Dies gilt auch unter der Voraussetzung einer bloß negativen Beweistheorie, die außer dem Vorhandensein des Beweisminimums zur Verurtheilung auch die Ueberzeugung des Richters von der Schuld des Angeklagten fodert, — und zwar eben deßwegen, weil auch hier die Entscheidung der Schuldfrage auf Ueberzeugung beruht. Die Entscheidungsgründe könnten hier nur das enthalten, daß das gesetzliche Beweisminimum vorhanden sei, — worin aber der Grund der Verurtheilung offenbar nicht enthalten wäre. Es ist daher ein großer Irrthum, zu glauben, daß eine negative Beweistheorie genüge, um das Institut der Entscheidungsgründe (für die Thatfrage) aufrecht zu halten.

wir zwiſchen beiden eine *weſentliche* Verſchiedenheit, — eine Verſchiedenheit, aus welcher entnommen werden kann, daß die Entſcheidungsgründe im letztern Falle eine leere Täuſchung, eine pure Illuſion ſind.

Die Entſcheidung der Thatfrage beruht nämlich wieder, wie jedes Urtheil, auf einem Syllogismus. Den Oberſatz deſſelben bildet, wenn die Entſcheidung nach einer poſitiven Beweistheorie erfolgte, eine allgemeine Beweisrechtsregel, ein allgemeines Beweisgeſetz z. B. wenn zwei Zeugen, welche diſe und jene Eigenſchaften haben, übereinſtimmend ausſagen, daß Dieſes oder Jenes geſchehen ſei, ſo iſt die fragliche Thatſache als wahr anzunehmen. Den Unterſatz bildet die Behauptung, daß die thatſächlichen Vorausſetzungen der allgemeinen Beweisrechtsregel gegeben ſeien; die Konkluſion iſt die Entſcheidung der Beweisfrage ſelbſt.

Ganz anders verhält ſich dies in dem Falle, wenn die Entſcheidung auf der freien Ueberzeugung des Richters beruht. Hier ſteht an der Spitze des Syllogismus keine ſolche allgemeine Rechtsregel, ja es *iſt hier ſogar Prinzip*, daß es keine ſolche poſitive bindende Rechtsregel geben dürfe.

Iſt es nun aber richtig, daß jede Prüfung ein allgemeines Geſetz oder eine allgemeine Norm vorausſetzt, wonach das zu Prüfende hätte zu Stande kommen ſollen, und wonach die Richtigkeit des Letzteren geprüft werden könne [1]), ſo leuchtet wohl von ſelbſt ein, daß, wo es gar kein ſolches allgemeines Geſetz gibt, *auch jede Prüfung unmöglich*, und daß es eine leere Täuſchung iſt, zu glauben, man könne in dieſem Falle aus den Entſcheidungsgründen entnehmen, ob die Entſcheidung richtig ſei.

Der Inhalt der Entſcheidungsgründe kann nämlich in dieſem Falle kein anderer ſein, als der, daß dieſe und jene Beweismittel vorhanden geweſen, und daß durch dieſelben in dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit der fraglichen Thatſache entſtanden ſei. *Warum* jedoch der Richter ſich durch die vorhandenen Beweismittel *gerade zu dieſer* und keiner andern *Ueberzeugung*, oder zu dieſem und keinem andern Ausſpruche *habe beſtimmen laſſen*, iſt in den Entſcheidungsgründen nicht enthalten und kann auch nicht

1) S. oben S. 117.

in denſelben enthalten ſein, weil es auf dieſe Frage keine andere Antwort gibt, als die: er hat ſich zu dieſer Ueberzeugung beſtimmen laſſen. Sehr richtig bemerkt daher Köſtlin [1]): „Gerade dieſen Geſammteindruck, welcher das rein Konkrete iſt, müſſen die Entſcheidungsgründe, als auf das Abſtrakte gebaute Reflexionsgründe, ſtets ſchuldig bleiben."

Und dennoch iſt gerade dieſe Frage die wichtigſte für denjenigen, welcher die Richtigkeit der ausgeſprochenen Ueberzeugung prüfen ſoll; ſie iſt die Hauptfrage, die entſcheidende Frage. Die Antwort auf dieſe Frage wäre der eigentliche wahre Entſcheidungsgrund, welcher hier nicht in Worten dargeſtellt werden kann und verborgen bleibt [2]). Kann nun aber da noch von Entſcheidungsgründen geſprochen werden, wo gerade der wahre, letzte Entſcheidungsgrund nicht angegeben werden kann?

Giebt es alſo ohne eine poſitive Beweistheorie keine erſchöpfenden [3]) Entſcheidungsgründe, ſo kann auch ohne ſolche Beweistheorie die Rechtfertigung des Rechtsmittels der Berufung nicht auf das Inſtitut der Entſcheidungsgründe geſtützt werden. Es müſſen vielmehr nach dem Satze, daß, wenn die Bedingung fällt, auch das Bedingte fallen muß, mit der poſitiven Beweistheorie ſowohl das Rechtsmittel der Berufung, als auch die Entſcheidungsgründe zu dem Ausſpruche über die Thatfrage aufgegeben werden.

Schon im Jahre 1834 bemerkte Mittermaier [4]): „Entſcheidungsgründe, welche die Richter für ihr Urtheil zu geben haben, und Appellationsbefugniß an ein höheres Tribunal ſind zwei unzertrennliche Merkmale der Urtheilsfällung durch rechtsgelehrte Richter. Dies führt aber von ſelbſt zur geſetzlichen Beweistheorie"... Das Letztere iſt vollkommen richtig: die Appellation und die Entſcheidungsgründe ſtehen im innigſten Zuſammenhang mit den bindenden Beweistheorieen; jene können ohne dieſe nicht beſtehen; letztere bilden die Vorausſetzung der erſteren. — Aber wir machen von dieſer

1) Wendepunkt S. 114. Vgl. auch Mittermaier im Magazin für Hannover. Recht II, 1 S. 90.

2) S. oben S. 116.

3) Vgl. auch Köſtlin „das Geſchwornengericht für Nichtjuriſten" S. 199.

4) „Die Lehre vom Beweis im deutſchen Strafproc." S. 93. Vgl. auch Zachariä „die Gebrechen ꝛc." S. 211.

Wahrheit die umgekehrte Anwendung. Mittermaier erklärte die Beweistheorie für nothwendig, weil er die beiden Institute der Appellation und Entscheidungsgründe wollte. Wir geben diese Institute auf, weil jene Beweistheorie unhaltbar ist. Nachdem Mittermaier die letztere jetzt auch aufgegeben hat, wird er mit uns auch bezüglich der ersteren einverstanden sein.

Gilt dies schon von einem schriftlichen Verfahren, um wie viel mehr muß es von einem mündlichen Verfahren gelten, wo nicht einmal alle demselben zu Gebote stehenden und im konkreten Falle gewichtigen Beweismittel in den Entscheidungsgründen aufgeführt werden können, wo insbesondere der Totaleindruck dem prüfenden Richter unbekannt ist. Hiemit stimmt im Wesentlichen auch Mittermaier[1]) überein, wenn derselbe bemerkt: „Ueberall läßt sich der Grund, aus welchem die Richter von der Schuld überzeugt sind, nicht genügend angeben, es ist nicht eine gewisse Zahl von Anzeigungen, welche die Richter bestimmen; es ist zuletzt ein Hauptumstand, durch welchen alle übrigen erst Bedeutung erhalten, es ist oft ein durch keine Entscheidungsgründe auszudrückender Grund, welcher auf die Seele des Richters wirkt, und ihn nöthigt, die Schuld anzunehmen, der Totaleindruck aller Verhandlungen, die Persönlichkeit des Angeklagten, sein Benehmen bewirken diese Ueberzeugung vorzüglich in der mündlichen Verhandlung, in der mit unbeschreiblicher Macht das Gemüth des Richters bestimmt wird."

§. 35.

Fortsetzung.

Der Verfasser ist sich wohl bewußt, daß er mit seiner Verwerfung des Institutes der Entscheigungsgründe (in Bezug auf den Ausspruch über die That- oder Beweisfrage, denn weiter geht die Verwerfung durchaus nicht) einer sehr verbreiteten Ansicht von dem hohen Werthe dieses Rechtsinstitutes entgegen trete. Man ist gewohnt, in den Entscheidundsgründen eine wichtige Garantie für eine gute Justiz zu erblicken und die Entbindung der Richter von der

1) In der Einleitung zu Feuerbach's „aktenmäßige Darstellung merkwürd. Verbrech." Frankf. a. M. 1849 S. 20. — Vgl. auch Friedreich „Bemerkungen über die Rechtsmittel im französ. Strafverf. ꝛc." Aschaffenb. 1851 S. 37.

Verpflichtung, Entscheidungsgründe anzugeben, für sehr gefährlich zu halten.

Wir können nun diese Ansicht schon aus dem Grunde nicht theilen, weil, wie wir gezeigt haben, ohne eine positive Beweistheorie, die man mit uns verwerfen wird, erschöpfende Entscheidungs-Gründe gar nicht möglich, solche Entscheidungsgründe aber, wie sie ohne solche Theorie möglich sind, in der That nur auf Illusion beruhen und durchaus nicht als eine solche Garantie betrachtet werden können.

Sodann scheint man bei jenen Befürchtungen zu vergessen, daß wir bereits Richter haben, welche — und es betrifft dies gerade die mit den schwersten Strafen bedrohten Fälle, — keine Rechtfertigungs-Gründe für jene Etscheidungen geben, wir meinen die Geschwornen.

Es ist zwar der Vorschlag gemacht worden [1]), auch von den Geschwornen Entscheidungsgründe (für den Ausspruch über die Thatfrage) zu verlangen, und wir müssen gestehen, daß wir in demselben, insoferne man von den rechtsgelehrten Richtern Entscheidungsgründe fodert, eine löbliche Konsequenz finden. Diesem Vorschlage steht nur das Einzige entgegen, daß er eine Unmöglichkeit will, — eine Unmöglichkeit, die aber ebenso bezüglich der Abgabe von Entscheidungsgründen seitens rechtsgelehrter Richter besteht.

Diese Unmöglichkeit ist übrigens auch auf dem Gebiete der Gesetzgebung bereits thatsächlich anerkannt. Es lassen sich Gesetzgebungen anführen, nach welchen rechtsgelehrte Richterbeamte für ihre Thatfrageentscheidungen [2]) keine Gründe angeben, und nach wel-

1) Von Deruburg „Ueber den Werth und die Bedeutung der Schwurgerichte ꝛc." S. 100 ff. S. dagegen auch Mittermaier im Magazin für Hann. Recht II, 1 S. 90. Auch Biener Abhandl. II. S. 113, 114 hat einen solchen Vorschlag gemacht. Nach seiner Ansicht sollte der den Geschwornen in's Berathungs-Zimmer folgende „juristische Beirath" die Entscheidungsgründe abfassen, und er erblickt in diesen „die Möglichkeit, dem gerechten Verlangen eines Verurtheilten zu entsprechen, der wissen will, auf welche Gründe hin er verurtheilt worden ist." Hiegegen ist zu bemerken, daß es unmöglich ist, dem Verurtheilten zu sagen, warum er verurtheilt wurde. Die Entscheidungsgründe können zwar Beweise enthalten, die in der Verhandlung vorgekommen, aber nicht den eigentlichen Entscheidungsgrund. Diese Entscheidungsgründe sind daher, wie Köstlin Wendep. S. 114 sehr richtig bemerkt, „eine schlechte Garantie für den Angeklagten."

2) Diese Entscheidung ist hier auch, wie in der neuesten österreichischen

chen gegen diese Entscheidungen keine Berufung statthaft ist. Eine solche Gesetzgebung ist z. B. die braunschweigische[1]) Straf-Proceßordnung. Der braunschweigische Gesetzgeber hat die Inkompatibilität des französischen Strafproceßrechtes mit solchen Entscheidungsgründen und mit dem Rechtsmittel der Berufung richtig anerkannt[2]).

Schließlich ist noch zweier Gründe zu gedenken, welche für das Institut der Entscheidungsgründe sprechen sollen. Einmal wird behauptet, daß die Richter durch die Verpflichtung, für ihre Entscheidung der Thatfrage Gründe anzugeben, zu größerer Gewissenhaftigkeit und Gründlichkeit in der Berathung veranlaßt werden. Allein uns scheint diese Behauptung auf einem nicht begründeten und darum unberechtigten Mißtrauen gegen den Richter-Stand zu beruhen. Sie setzt schlechte Richter voraus, und unter dieser Voraussetzung halten wir jene Verpflichtung für durchaus unzulänglich in Bezug auf den beabsichtigten Zweck. Derjenige, welcher das Urtheil und die Entscheidungsgründe abzufassen hat, wird auch ohne alle Berathung aus den gepflogenen Beweisverhandlungen so viel Motive für die Entscheidung herauszufinden im Stande sein, daß das Gericht gegen den Vorwurf der Ungründlichkeit und gegen etwaige Disziplinarstrafen wegen derselben vollkommen geschützt ist.

Setzen wir aber an die Stelle jener Voraussetzung die Voraus-

---

und in der braunschweigischen Strafproceßordnung, der Zeit nach von der Entscheidung der Rechtsfrage (Straffrage) getrennt.

1) Die braunschweigische Strafproceßordnung vom 22. August 1849 §. 92 u. §. 156. §. 92 cit. nennt die Entscheidung des „Kreisgerichts“ über die Schuldfrage geradezu „Wahrspruch.“ §. 156 cit. lautet: „Enderkenntnisse in Straffachen entscheiden über die That, die ihren Gegenstand bildet, rechtsgültig für alle Zukunft, wenn sie nicht entweder durch die Nichtigkeitsbeschwerde oder durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beseitigt werden.“ Eine Berufung giebt es hienach gar nicht. Vgl. noch die §§. 157 ff. u. 173 ff. über die Gründe, aus welchen jene beiden Rechtsmittel ergriffen werden können.

2) Ebenso hat die Strafproceßordnung für das Königreich Griechenland zwar das Institut der Entscheidungsgründe beibehalten, aber die Appellation gegen die Entscheidung der Thatfrage aufgegeben. Interessant ist, was Mittermaier („die Mündlichkeit ꝛc.“ S. 131 ff.) über diese Fragen aus den Berathungen und Verhandlungen der Kommissionen und Kammern über die beiden badischen Entwürfe von 1835 u 1842 (Strafproceßordnung von 1845) mittheilt. Vgl. auch noch Zachariä „Gebrechen ꝛc.“ S. 50.

ſetzung gewiſſenhafter Richter, ſo bedarf es jener Verpflichtung nicht, um den fraglichen Zweck zu erreichen. Eine Anleitung zu gründlicher Berathung wird hier viel beſſere Dienſte leiſten, als jene Verpflichtung. In dieſer Beziehung dürfte den Richtern namentlich die Berathung und Abſtimmung über die produzirten Beweis-Mittel im Einzelnen anzuempfehlen ſein, z. B. bei jedem Zeugen eine beſondere förmliche Abſtimmung darüber, ob derſelbe überhaupt glaubwürdig und für den konkreten Fall auch ſonſt beweistüchtig ſei ꝛc. ꝛc.

Sodann wird für das Inſtitut der Entſcheidungsgründe angeführt, daß durch ſie der Verurtheilte häufig Gelegenheit zu einer beſſeren Vertheidigung in der zweiten Inſtanz erhalte, indem er durch die Entſcheidungsgründe erſt auf diejenigen Punkte aufmerkſam gemacht werde, auf welche es im konkreten Falle bei der Entſcheidung der Thatfrage hauptſächlich ankomme.

Hiegegen iſt aber Folgendes zu bemerken. Die Anfechtung der Thatfrageentſcheidung und jene angeblich beſſere Vertheidigung kann möglicherweiſe nur auf dreierlei moyens geſtützt ſein: entweder

1) auf ganz neue in der erſten Beweisverhandlung nicht vorgebrachte Thatſachen, die zur Vertheidigung dienen können oder ſollen; oder
2) auf neue Beweismittel für Entſchuldigungsthatſachen, die ſchon in der erſten Verhandlung vorgekommen ſind; oder endlich
3) auf alte Thatſachen und alte Beweismittel.

Ein weiteres, von dieſen verſchiedenes, auf die Thatfrage Bezug habendes Vorbringen iſt nicht denkbar.

Es fragt ſich nun, ob und inwieferne Entſcheidungsgründe dem Verurtheilten dazu dienen können, daß er zur Anfechtung des Urtheils und zu einer beſſeren Vertheidigung, welche auf eines jener 3 moyens geſtützt wäre, veranlaßt werden könnte. Wir glauben, dieſe Frage ſo beantworten zu müſſen. Für's Erſte darf wohl angenommen werden, daß ſich jeder Angeklagte ſtets ſo gut als möglich und mit allen ihm zu Gebot ſtehenden Mitteln ſchon gleich in der erſten Verhandlung vertheidigen, daß er nicht verſäumen werde, alle für ihn ſprechenden Thatſachen an- und alle ihm günſtigen Beweismittel vorzuführen.

Wird er aber dennoch verurtheilt und findet er erſt ſpäter neue

ihm günſtige Thatſachen oder Beweismittel, ſo glauben wir, daß er zur Geltendmachung derſelben nicht erſt durch die Entſcheidungs-Gründe veranlaßt zu werden braucht. Es iſt überdies ſchwer einzuſehen, wie der Verurtheilte durch die Entſcheidungsgründe auf ſolche in der Verhandlung nicht vorgekommene Thatſachen oder Beweis-Mittel aufmerkſam gemacht und zu ihrer Geltendmachung veranlaßt werden könne, da doch die Entſcheidungsgründe nur Solches enthalten können, was in der Verhandlung vorgekommen iſt. Zur Geltendmachung jener Nova hat auch der Verurtheilte nach Obigem [1]) ein Rechtsmittel, jedoch nicht das mit dem Inſtitute der Entſcheidungsgründe in Zuſammenhang gebrachte Rechtsmittel der Berufung, ſondern das der Reviſion.

Was ſodann das Vorbringen der dritten Art betrifft, ſo können Entſcheidungsgründe dem Verurtheilten in dieſer Beziehung ſchon aus dem Grunde nichts nützen, weil auf ein ſolches Vorbringen nach Obigem [2]) gar keine Urtheilsanfechtung gegründet werden kann.

§. 36.

Anhang.

Von der Unanfechtbarkeit des Verdikts.

Wir waren in dem Vorangehenden zu wiederholten Malen genöthiget, die Entſcheidung der Thatfrage durch rechtsgelehrte Richter mit derſelben Entſcheidung durch Geſchworne zu vergleichen, und haben behauptet, daß zwiſchen beiden nach franzöſiſchem Rechte kein weſentlicher Unterſchied beſtehe, daß insbeſondere die erſtere ebenſowenig anfechtbar ſei, wie die letztere, und zwar aus demſelben Grunde, den wir hier nicht zu wiederholen brauchen. Es geht nun zwar ſchon hieraus von ſelbſt hervor, und wir haben es überdies ausdrücklich bemerkt, daß wir obige Behauptung nur vom rein proceſſualiſchen Standpunkte aus aufgeſtellt haben wollen, — wodurch wir von vorneherein gegen alles Dasjenige geſchützt ſind, was etwa bei einer Betrachtung der politiſchen Seite der jury gegen dieſe Behauptung eingewendet werden könnte.

Deſſenungeachtet glauben wir, an dieſer Einwendung doch nicht

---

1) S. oben S. 101.
2) S. oben §§. 30 u. 31.

mit gänzlichem Schweigen vorübergehen zu ſollen, und halten es hier, nachdem wir ſoeben von der Unmöglichkeit der Entſcheidungs-Gründe für die Thatfrage geſprochen haben, für den geeignetſten Ort, die fragliche Einwendung in Kürze zu beſprechen. Das Aufgeben dieſer Entſcheidungsgründe hat nämlich die erwähnten Entſcheidungen offenbar um ein Beträchtliches einander näher gebracht, ja ſo nahe, daß jene deutſche Strafproceßordnung, welche dieſe Entſcheidungsgründe ſammt der Anfechtbarkeit der fraglichen Entſcheidung fallen läßt, — wir meinen die braunſchweigiſche, — keinen Anſtand nimmt, die Entſcheidung der Thatfrage durch rechtsgelehrte Richter geradeſo Wahrſpruch zu nennen, wie dieſelbe Entſcheidung durch Geſchworne [1]).

Wir finden nun hierin allerdings eine etwas gar zu kühne Neuerung an dem herrſchenden Sprachgebrauche und halten eine ſolche Gleichſtellung beider Entſcheidungen für zu weit getrieben. Die jury und ihr Verdikt ſind und bleiben vom politiſchen Standpunkte betrachtet immer ein Anderes als das rechtsgelehrte Richterkollegium und deſſen Entſcheidung der Thatfrage; der beſtehende weſentliche Unterſchied ſollte daher auch durch die Terminologie nicht verwiſcht werden.

Allein wenn für die Unanfechtbarkeit des Verdikts die demokratiſche Natur des Geſchwornengerichts als Grund angeführt wird, wie dies namentlich von Hulshoff [2]) geſchieht, ſo können wir uns hiemit unmöglich einverſtanden erklären. Für die Statthaftigkeit der Anfechtung der Thatfrageentſcheidung durch rechtsgelehrte Richter könnte zwar aus der demokratiſchen Natur der jury ohne Verſündigung gegen die Logik immer noch Nichts abgeleitet werden. Wenn auch die Unanfechtbarkeit der Thatfrageentſcheidung durch Geſchworne in der demokratiſchen Natur der jury ihren Grund hätte, ſo bliebe für die Unanfechtbarkeit dieſer Entſcheidung durch rechtsgelehrte Richter immer noch der von uns für die Unanfechtbarkeit der Thatfrageentſcheidung überhaupt angeführte Grund unerſchüttert.

Aber diejenigen, welche die Anſicht von der demokratiſchen Natur der jury theilen, werden wahrſcheinlich gegen die Ausdehnung

---

1) Braunſchweig. Strafproceßordnung v. 22. Aug. 1849 §. 92.
2) a. a. O. pag. 132 ff.

unſeres Grundes für die Unanfechtbarkeit aller Thatfrageentſcheidung auf das Verdikt der jury den Einwand erheben, daß dieſelbe unnöthig ſei; ſie werden behaupten, daß unſere ganze Theorie das Unwichtige und Unweſentliche als Hauptſache behandle, das Weſentliche, die Hauptſache dagegen überſehe. Sie halten die politiſche Seite der jury für die Hauptſache und wollen aus ihr Alles erklären, alſo auch die Unanfechtbarkeit des Verdikts. Die jury iſt ihnen Organ des ſouveränen Demos für die Strafrechtspflege, das Verdikt die ſouveräne Stimme deſſelben im einzelnen Falle; — was bedarf es da noch eines anderen Grundes für ſeine Unanfechtbarkeit?

Es leuchtet wohl ein, daß wir an dieſem Einwande nicht ſchweigend vorübergehen können; er läßt ſich nicht ignoriren; denn die Anſicht von der demokratiſchen Natur der jury iſt zu ſehr verbreitet.

Beiſpielsweiſe führen wir nur Hulshoff an, welcher ſchon in der Ueberſchrift zum caput 4 pars IV. ſeiner Abhandlung bemerkt: „Democraticum in judicibus juratis principium repudiat appellationem in causis criminalibus.“ Es möge, da es ſich hier um eine weit verbreitete Anſicht handelt, die Worte eines Anhängers derſelben in extenso anzuführen geſtattet ſein: „Haec judicum juratorum institutio necessario eo duxit, ut in causis criminalibus cessarent appellationes. E populo electi, populi judicium repraesentabant; sententiae, ab eo latae, eodem vi et auctoritate praeditae erant, ac si essent a toto populo convocato pronunciatae: et apud populum fuisse summum imperium, nonne illa rerum conversio, nonne Declaratio de juribus hominis et civis proclamarunt? Judicium juratorum repraesentare igitur videtur populi judicium, quod quum sit supremum natura sua, teste historia, tum Romae sub regibus, liberaeque reipublicae tempore, tum in veteri Germaniae aevo, luce clarius est, ab eo nullam posse admitti appellationem: idem enim ab eodem appellari nequit. Ubicumque idcirco judices jurati deprehenduntur, omne appellationis remedium contra eorum sententias denegatur.“

Es iſt hier nicht der Ort, anzugeben, worin nach unſerer Anſicht die politiſche Bedeutung der jury beſtehe. Nur ſo viel glauben wir bemerken zu müſſen, daß wir die politiſche Seite der jury keineswegs als etwas Unweſentliches, als bloße Nebenſache betrachten. Wohl aber iſt hier der Ort, jene Anſicht von der demokratiſchen

Natur der jury einer näheren Würdigung zu unterwerfen. Iſt ſie unrichtig, ſo fällt auch der erwähnte auf ihr beruhende Einwand hinweg.

Wir nehmen hier den Begriff des demokratiſchen Prinzips in dem Sinne, wie er in der angeführten Stelle auch von Hulshoff ganz richtig gefaßt worden iſt, d. i. als gleichbedeutend mit dem Prinzip der Volksſouveränetät, alſo im Sinne der Republiken des klaſſiſchen Alterthums, in welchem das summam imperium bei dem Volke (δημος, populus) wohnte und dieſes ſich ſelbſt beherrſchte [1]).

Das demokratiſche Prinzip in dieſem Sinne aufgefaßt ſcheint uns nun aber eine ganz andere Strafgerichtsorganiſation zu fodern, als diejenige iſt, in welcher die jury aufgenommen wird. Eine auch nur oberflächliche Betrachtung des römiſchen Strafgerichts zur Zeit der Republik beweiſt dies zur Genüge. Wie kann man die jury in Eine Kategorie mit den Komitien und quaestiones werfen! Und dennoch war die römiſche Republik nicht einmal eine ächte Demokratie [2]). Nicht einmal das altdeutſche Schöffengericht, wenigſtens in ſeiner ſpäteren Geſtalt, läßt ſich als ein demokratiſches Inſtitut auffaſſen, obwohl die Schöffen eine viel größere Macht beſaßen, als die jury. Um wieviel weniger die engliſche jury, die unter der Leitung und nach der Belehrung rechtsgelehrter vom Staatsoberhaupte beſtellter Richterbeamten lediglich einen Theil des Geſammturtheiles zu finden hat. Ein einziger Blick in die Geſchichte der jury und auf die gegenwärtige Staatsverfaſſung des Vaterlandes derſelben wäre wohl hinreichend geweſen, gegen die Richtigkeit der fraglichen Anſicht gewichtige Zweifel zu erregen.

Man möchte vielleicht geneigt ſein, ſich zur Rechtfertigung dieſer Anſicht auf Nordamerika und Frankreich der neunziger Jahre zu berufen. Allein dieſe Beiſpiele können nichts beweiſen.

---

1) Vgl. Bluntſchli „Allg. Staatsrecht“ München 1850 I. Abth. S. 157 u. 169 ff. Inſoferne unter der demokratiſchen Natur der jury etwas Anderes verſtanden wird, wie z. B. bei Köſtlin G. G. für N. J. S. 4., haben unſere Bemerkungen keine Gültigkeit. Köſtlin erklärt ſich ganz entſchieden gegen die Auffaſſung der jury als Volksgericht und gegen die Zuſammenſtellung derſelben mit den antiquen Volksgerichten und den deutſchen Schöffen. Ebenſo R. Gneiſt „Bildung der Geſchw.-Gerichte“ Berlin 1849 S. 20. — Wir nehmen das „demokratiſch“ im eigentlichen Sinne des Wortes.

2) Vgl. Bluntſchli a. a. O. S. 190 ff.

Denn was erſtens die nordamerikaniſchen Staaten betrifft, ſo läßt ſich mit mehr Recht behaupten, daß ſie die jury beſitzen, obgleich ſie Republiken ſind, als weil ſie Republiken ſind [1]). Die jury wurde in denſelben nicht erſt eingeführt, als ſie Republiken geworden waren, ſondern beſtand ſchon vorher.

Was ſodann Frankreich betrifft, ſo iſt allerdings nicht zu leugnen, daß die neunziger Jahre die jury als ein demokratiſches Inſtitut auffaßten und ſie als ſolches einführten [2]). Eine andere Frage aber iſt es, ob die franzöſiſchen Geſetzgeber der Revolutionszeit ſich nicht über die Natur der jury im Irrthume befanden, wie über ſo manches Andere. Uebrigens muß man ſpäter auch in Frankreich von der Natur der jury eine andere Anſicht gewonnen haben. Sonſt hätte ſie ſicherlich vor Napoleon und der Reſtauration nicht Gnade gefunden, ſo ſehr auch der Charakter des Inſtituts unter den Händen der franzöſiſchen Geſetzgeber ein anderer geworden iſt.

Wenn irgend eine Auffaſſung der jury irrthümlich iſt, ſo iſt dies die Auffaſſung als demokratiſches Inſtitut [3]). Sollte es etwa ein bloßer Zufall ſein, daß das Vaterland der jury ein monarchiſcher Staat iſt? Man wird dies ſchwerlich behaupten wollen, wenn man die Geſchichte der jury in England kennt, wenn man insbeſondere bedenkt, wieviel die Ausbildung derſelben gerade dem Königthum und der curia regis verdankt [4]). Die normänniſchen Könige ſind aber hiebei ſicherlich nicht von demokratiſcher Tendenz geleitet geweſen, und wollten gewiß nicht eine Konſequenz aus dem Grundſatze ziehen, daß das summum imperium dem Volke oder irgend einem Beſtandtheile des Volkes zuſtehe. Noch heutzutage iſt, wie Biener [5]) bemerkt, das politiſche Element der jury bei den Eng-

1) Wir wollen jedoch hiemit nicht behaupten, daß die jury mit der demokratiſchen Staatsform, namentlich der ſog. repräſentativen, geradezu unverträglich ſei. Vgl. Bluntſchli a. a. O. S. 182.

2) S. auch Biener das engl. G. G. §. 27 u. §. 33 u. Stemann a. a. O. II. Abſch. Kap. 1 — 4

3) Sehr gute Bemerkungen hierüber wie über die jury im Allgemeinen enthält der Welcker'ſche Artikel „Jury" im Staatslexikon von Rotteck und Welcker 2. Aufl. VII. Bd. S. 687 — 793.

4) Köſtlin Wendep. S. 343 ff. — Gundermann „Geſch. der Entſtehung der Jury in England" München 1847 S. 51 ff. Biener „das engl. G. G. §. 14.

5) Das engl. G. G. §. 33. S. 312. Dies läßt ſich behaupten ungeachtet

ländern nicht das vorherrſchende. „Sie behandeln noch immer, wo von der Jury im Allgemeinen die Rede iſt, die Jury für Civil und Kriminal gemeinſam, als Zweige deſſelben Stammes, wie es aus der proceſſualiſchen Natur des Inſtituts ſich ergiebt.“

Das wird man uns wenigſtens nicht beſtreiten können, daß die Erklärung der Unanfechtbarkeit des Verdikts aus dem Satze, daß das **summum imperium** bei dem Volke wohne, jedenfalls nicht auf das engliſche Recht paſſe; denn in England wohnt das **summum imperium** in der That nicht bei dem Volke, ſo groß auch die Macht ſeiner Repräſentanten im Unterhauſe iſt; und die engliſche Staats-Verfaſſung iſt weder im Sinne der alten noch der neuen Zeit eine demokratiſche [1]). Giebt man aber dies zu, ſo kann doch unmöglich die jury ein Inſtitut von weſentlich demokratiſcher Natur ſein; denn das Weſentliche eines Inſtituts muß ſich überall finden, wo das Inſtitut beſteht, es muß ſich vor Allem an dem Inſtitute in dem Lande finden, in welchem daſſelbe ſeine Heimath hat. Jene Auffaſſung iſt lediglich eine Abſtraktion von der jury Frankreichs in den neunziger Jahren, welche die engliſche jury unberückſichtiget läßt, daher ſie auch nicht für die Auffaſſung des Weſens der jury im Allgemeinen Giltigkeit haben kann.

Wir könnten hier auch noch anführen, daß die jury in Hegel's Rechtsphiloſophie [2]) eine Stelle gefunden habe, von welcher Philoſophie man gewiß nicht behaupten kann, daß ſie einen demokratiſchen Staat konſtruirt habe. Ebenſowenig hat das Geſchwornengericht in der Monarchie bei Bluntſchli [3]), deſſen „Allg. Staatsrechte man Verſtändniß des monarchiſchen Prinzips nicht wird beſtreiten wollen, einen Widerſpruch gefunden, und es hätte ihn finden müſſen, wenn er die Anſicht getheilt hatte, daß dieſes Inſtitut das demokratiſche Prinzip zu ſeiner Vorausſetzung habe.

---

deſſen, daß es in der oben angeführten Inſtruktion sub Nr. 18 (bei Glaſer S. 138) heißt: „Bei Beurtheilung von Anklagen über Schmähſchriften, Aufruhr und Hochverrath darf die Jury ſich nicht durch den Einfluß der eben herrſchenden Verwaltung einnehmen laſſen; ſie muß ſich erinnern, daß gerade in ſolchen Fällen die Jury das Bollwerk der öffentlichen Freiheit und die Schutzwehr ſchwacher Einzelner gegen eine koncentrirte Gewalt iſt.“

1) S. Bluntſchli a. a. O. S. 243 u. 244.

2) S. 285.

3) a. a. O. S. 494. ff.

Ganz entſchieden hat ſich endlich Mittermaier ſchon im Jahre 1834 [1]) dahin ausgeſprochen, daß „es grundlos ſei, das Geſchwornengericht (und die Verurtheilung auf innerſte Ueberzeugung ohne geſetzliche Beweistheorie) als einen Ausfluß der Demokratie darzuſtellen.“ Wir wollen nicht mehr behaupten, als wir unſerem Zwecke gemäß zu behaupten haben, d. i. daß die jury nicht weſentlich ein demokratiſches Inſtitut und das Verdikt nicht aus dem Grund unanfechtbar ſei, weil es die Stimme des Volkes darſtelle, bei welchem das supremum imperium wohne.

Schließlich glauben wir noch wiederholt bemerken zu müſſen, daß die Behauptung einer abſoluten Unanfechtbarkeit und Unumſtößlichkeit gar nicht richtig iſt. Letztere beſteht weder im engliſchen, noch im franzöſiſchen Rechte [2]); auch ließe ſie ſich a priori nicht rechtfertigen. Wir wollen hier nicht unterſuchen, ob die Mittel und Wege, wie ein Verdikt direkt oder indirekt nach engliſchem und franzöſiſchem Rechte unwirkſam gemacht werden kann, die richtigen ſeien; — genug, es giebt ſolche Mittel und Wege, — mithin wenigſtens nach den poſitiven Rechten keine unbedingte Unanfechtbarkeit und Unumſtößlichkeit.

Was endlich die Natur der Sache betrifft, ſo haben wir bereits die Anfechtbarkeit Eines Beſtandtheiles des Verdikts kennen gelernt, nämlich der rechtlichen Qualifikation der Handlung, und können im Uebrigen auf Köſtlin's treffliche Bemerkungen über dieſen Punkt verweiſen [3]).

Mit mehr Schein ließe ſich als Grund für die fragliche Unanfechtbarkeit des Verdikts die aus der Geſchichte der jury hergenommene Thatſache anführen, daß die jury urſprünglich Beweismittel war, — wobei es gleichgültig wäre, ob man die Geſchwornen aus Eidhelfern oder Zeugen ꝛc. entſtehen laſſen wollte. Allein dieſer

1) Die Lehre vom Beweis im deutſch. Strafpr. S. 44 gegen Carmignani „delle leggi della sicurezza sociale vol. IV. pag. 281 — 313.

2) Ganz richtig bemerkt Stemann a. a. O. S. 380, daß „das engliſche noch mehr, als das franzöſiſche von dem Grundſatze der Unumſtößlichkeit der Verdikte abweiche.“ Es ließe ſich auch noch anführen, daß auf der normänniſchen Inſel Jersey die Einrichtung beſteht, daß auf die Beſchwerde des Verurtheilten hin das Verdikt einer Jury von 12 Geſchwornen durch eine aus 24 Geſchwornen beſtehende Jury geändert werden kann. (Dieſe Notiz verdankt der Verfaſſer der gütigen Mittheilung Mittermaier's.)

3) S. Köſtlin G. G. f. N. J. S 212 ff.

Erklärung ſtünde nicht nur die hiſtoriſche Thatſache der attainte, ſondern auch der Umſtand entgegen, daß die Geſchwornenbank heutzutage wie überall, ſo auch in England, weſentlich Richterbank iſt, — daher jene Erklärung wenigſtens auf das heutige Recht nicht mehr paßt.

3. Kapitel.

Reſultate.

§. 37.

I. Für die Lehre von den Rechtsmitteln.

Das Reſultat der vorſtehenden Erörterungen läßt ſich etwa in folgende Sätze zuſammenfaſſen:

1) Eine Urtheilsanfechtung iſt überhaupt nur da ſtatthaft, wo dieſelbe eine Urtheilsänderung herbeiführen kann [1]).

2) Abgeſehen von der Wiederaufnahme des Strafverfahrens (Urtheilsanfechtung ex capite novorum) iſt eine Urtheilsänderung, ſomit auch eine Urtheilsanfechtung nur inſoferne möglich, als ein Irrthum ſeitens des Richters, von welchem das Urtheil herrührt, nachweisbar und für einen anderen Richter erkennbar iſt,

3) Aus dieſem Grunde iſt ohne eine bindende Beweistheorie die (im Unterſatze des Geſammturtheils enthaltene) Entſcheidung der That-, Beweis- oder Schuldfrage abgeſehen von dem Falle eines novum nicht anfechtbar, es mag nun das Verfahren ein ſchriftliches oder mündliches und die Entſcheidung von rechtsgelehrten Richterbeamten oder Geſchwornen gefunden worden ſein [2]).

4) Anfechtbar ſind dagegen, weil hier der Irrthum nachweisbar und erkennbar iſt, alle übrigen Beſtandtheile des Urtheils, alſo

a) die rechtliche Qualifikation des in der Entſcheidung der Thatfrage (Wahrſpruch, Verdict) feſtgeſtellten Faktums ohne Unterſchied, ob eine poſitive bindende Beweistheorie herrſcht, oder nicht, ob das Verfahren mündlich oder ſchriftlich, und ob die

1) S. oben §. 26.

2) S. oben §§. 30 u. 31.

Qualifikation von Geſchwornen oder rechtsgelehrten Richter-Beamten vorgenommen worden iſt [1]);

b) der Oberſatz des Geſammturtheils und

c) die Konkluſion deſſelben [2]).

Es mag hiezu bemerkt ſein, daß das, was hier als Gegenſtand der Urtheilsanfechtung aufgeführt iſt, gewöhnlich in Verbindung mit dem Prädikate „unrichtig“ oder „fehlerhaft“ als Grund der Urtheilsanfechtung bezeichnet wird, indem als Gegenſtand der Anfechtung immer nur das Urtheil im Ganzen angeſehen wird. Wir hielten es nun zwar für eine unpraktiſche Pedanterei, an dieſem feſtgewurzelten Sprachgebrauche zu rütteln; allein es iſt doch nothwendig, hiebei nicht zu vergeſſen, daß der Grund der Urtheilsanfechtung überall kein anderer iſt, als ein Fehler, der verfehlte oder fehlerhafte einzelne Beſtandtheil des Urtheils dagegen genau geſprochen nur Gegenſtand der Anfechtung ſein kann.

5) In den sub Nr. 4 aufgeführten Fällen der Urtheilsanfechtung iſt die Prüfung derſelben einem anderen (dem Richter, von welchem das angefochtene Urtheil ausgegangen, übergeordneten) Gerichte zu übertragen.

6) Wenn nach der Urtheilsfällung neue Thatſachen oder Beweismittel aufgefunden werden, wodurch die Entſcheidung der Thatfrage ein weſentlich anderes Fundament erhält, als ſie früher hatte, ſo kann dieſelbe angefochten werden.

7) Dieſe letztere Urtheilsanfechtung kann aber von demſelben Richter geprüft werden, von welchem jene Entſcheidung ausgegangen iſt [3]).

8) Wenn man auf den Grund ſieht, aus welchem überhaupt ein

---

1) S. oben S. 106.

2) S. oben S. 104.

3) Wir werden hierauf im zweiten Theile zurückkommen. In dem zunächſt Folgenden ſehen wir hievon ganz ab. Nur ſo viel ſei hier bemerkt, daß Temme a. a. O. S. 170 mit Unrecht die Preuß. Verordnung v. 3. Januar 1849 §. 126 tadelt, weil ſie eine Anfechtung des vom erſten Richter als thatſächlich feſtſtehend Angenommenen nur auf Grund neuer Thatſachen oder neuer Beweismittel zuläßt. Dagegen hätte er ſie mit Recht deßhalb tadeln können, daß ſie für dieſe Anfechtung eine Berufung und eine zweite Inſtanz ſtatuirt.

Urtheil angefochten werden kann, ſo giebt es deren nur zwei, nämlich ein juriſtiſcher Irrthum [1]) Seitens des Richters (Fehler im engeren Sinne) und ein Novum [2]). Das letztere iſt der alleinige Grund für die Anfechtung der Entſcheidung der Thatfrage, alſo derjenigen Urtheilsfunktion, welche keine ſpezifiſch juriſtiſche Operation iſt, — der erſtere dagegen der allgemeine Grund für die Anfechtung aller übrigen Beſtandtheile des Urtheils, die ſämmtlich durch ſpezifiſch juriſtiſche Operationen zu Stande kommen.

Es fragt ſich nun, welche Rechtsmittel ſich aus dieſen Grundſätzen ergeben.

Was vor Allem die Zahl der Rechtsmittel betrifft, ſo können wir derſelben mit Rückſicht auf obige zwei Gründe, aus denen überhaupt eine Urtheilsanfechtung möglich iſt, nur zwei anerkennen, nämlich ein Rechtsmittel für alle jene Fälle, wo der Richter einen Fehler (Irrthum) in der Rechtsanwendung begangen hat, und ein anderes für den Fall, wo ſich nach der Urtheilsfällung ein Novum ergiebt, wodurch die Entſcheidung der Thatfrage ein anderes Fundament erhält.

Wenn wir dieſen beiden Rechtsmitteln Namen geben ſollen, ſo nennen wir jenes im Anſchluß an die beſtehende Terminologie Richtigkeitsbeſchwerde [3]), dieſes Reviſion oder Geſuch um Wie-

1) Der Irrthum braucht ſich aber, wie wir im zweiten Theile ſehen werden, nicht gerade auf die Urtheilsfindung (ſog. Anwendung des Geſetzes) zu beziehen; eine Urtheilsanfechtung kann auch auf einen Irrthum gegründet werden, der ſchon vor der Urtheilsfindung vor ſich gegangen iſt z. B. eine mangelhafte Beſetzung des Gerichts oder die Verletzung einer Geſetzesvorſchrift, die ſich auf das Beweisverfahren u. ſ. w. bezieht. Inwieferne aber ein ſolcher Irrthum zur Begründung einer Urtheilsanfechtung tauglich ſei, kann erſt ſpäter angegeben werden.

2) Ebenſo muß die Angabe der Vorausſetzungen dem zweiten Theile vorbehalten bleiben., unter denen auf ein ſolches Novum eine Urtheilsanfechtung geſtützt werden könne.

3) In allen neueren deutſchen Strafproceßordnungen iſt dieſer Ausdruck für die auf juriſtiſche Fehler gegründeten Urtheilsanfechtungen gebraucht; aber freilich nur für die Anfechtungen ſchwurgerichtlicher Urtheile und ſolcher Entſcheidungen, die von einem Obergerichte (Appellations- oder Kreisgerichte) als zweiter Inſtanz oder Anklagekammer ausgegangen ſind. — Ganz richtig bezeichnet auch F. Hulshoff l. c. pag. 5 als einen Hauptunterſchied zwiſchen der Appellation und Kaſſation: Quod cassatio juris tantum quaestiones spectet, appellatio vero facti etiam quaestiones contineat.

beraufnahme der Unterſuchung oder des Strafverfahrens [1]). Die Gründe, warum wir nicht mehr und nicht weniger Rechtsmittel anerkennen, liegen theils in dem Vorausgegangenen, theils in Folgendem.

Daß wir nicht weniger, als zwei Rechtsmittel annehmen, liegt in der Grundverſchiedenheit jener beiden Arten der Urtheilsanfechtung. Nach Obigem unterſcheiden ſich nämlich dieſe Anfechtungen 1) dem Grunde nach, 2) dem Gegenſtande nach und 3) dem Verfahren nach, welches durch den Grund und den Gegenſtand bedingt iſt.

Ebenſo aber, wie das von Natur aus Verſchiedenartige auch verſchiedene geſetzliche Beſtimmungen und Regeln nothwendig macht, ſo muß auch das von Natur aus Gleichartige gleichartig behandelt werden. Es iſt daher nicht einzuſehen, warum man das, was man in den ſchwurgerichtlichen Fällen Nichtigkeitsbeſchwerde nennt, in den bezirksgerichtlichen Berufung [2]) nennen, und warum man bei der natürlichen Gleichartigkeit des ſchwurgerichtlichen und bezirksgerichtlichen Urtheils [3]) für die Anfechtung des letzteren andere Beſtimmungen aufſtellen will, als für die Anfechtung des erſteren.

Wenn, wie wir gezeigt haben, ohne eine poſitive Beweistheorie, die bezirksgerichtliche Entſcheidung der Thatfrage ebenſowenig anfechtbar iſt, wie die ſchwurgerichtliche, ſo bleibt für das Rechtsmittel, welches man Berufung nennt, kein weiterer Spielraum übrig, als

1) Bezüglich der Benennung des Rechtsmittels, welches in Frankreich Reviſion heißt, herrſcht unter den neueren deutſchen Strafproceßordnungen ebenſowenig Uebereinſtimmung, wie bezüglich des Spielraums, den man demſelben einräumt. Wir halten die beiden oben angeführten Bezeichnungen für die paſſendſten, wollen aber hier ſchon im Voraus bemerken, daß der Spielraum, den wir ihm geben zu müſſen glauben, bedeutend weiter iſt, als der ihm im franzöſiſchen Rechte und in allen neueren deutſchen Strafproceßordnungen eingeräumte.

2) Friedreich a. a. O. S. 29 § 5 Nr. 2 ſpricht im Falle unrichtiger Geſetzesanwendung von einem „Berufungsrechte.“

3) Wir ſprechen hier überall vom rein juriſtiſchen Standpunkte aus, und abſtrahiren gänzlich von der politiſchen Seite und Bedeutung der jury und ihres Verdicts. Vom politiſchen Standpunkte aus iſt das Verdict einer jury allerdings ein Anderes, als die Entſcheidung der Thatfrage durch ein Kollegium rechtsgelehrter Richterbeamten. „Das Schwurgericht iſt,“ wie Braun („Hauptſtücke des öffentlich-mündlichen Strafverfahrens,“ Leipzig 1845) S. 100 treffend bemerkt, „das Repräſentativſyſtem in der Rechtspflege, der Ausdruck der Betheiligung des Volkes bei der letzteren.“ (Wir möchten lieber ſagen: „der unmittelbaren Betheiligung.“)

der der ſogenannten Richtigkeitsbeſchwerde, falls man nicht etwa auf die Befugniß des Obergerichts, das ausgeſprochene Strafmaaß zu ändern, hinweiſen will. Das bezirksgerichtliche Urtheil kann genau nur inſoferne und ganz aus denſelben Gründen angefochten werden, wie das ſchwurgerichtliche, dieſes aber in derſelben Ausdehnung wie jenes, was namentlich von der rechtlichen Qualifikation oder Subſumtion gilt.

Dieſer Satz erleidet natürlich die Ausnahme, daß bei den bezirksgerichtlichen Fällen diejenigen Anfechtungs- (Richtigkeits-) Gründe wegfallen, welche in der Verletzung einer geſetzlichen Beſtimmung beſtehen, die mit der Duplizität des Schwurgerichts [1]) zuſammenhängt.

Im Uebrigen aber ſtehen ſich — abgeſehen von der politiſchen Seite der jury und vom rein juriſtiſchen Standpunkte betrachtet — das ſchwurgerichtliche und bezirksgerichtliche Urtheil einander vollkommen gleich, insbeſondere was die Frage der Anfechtbarkeit betrifft.

Bezüglich desjenigen Beſtandtheiles, welcher in den ſchwurgerichtlichen Fällen dem Schwurgerichtshofe zugewieſen iſt, bedarf dies wohl keiner weiteren Erörterung. Es verſteht ſich von ſelbſt, daß dieſer Beſtandtheil gleichmäßig anfechtbar und umſtößlich iſt, es mag ſich um ein ſchwurgerichtliches oder bezirksgerichtliches Urtheil handeln. Was ſodann die Entſcheidung der Thatfrage betrifft, ſo iſt dieſelbe, wie wir gezeigt haben, abgeſehen vom Falle eines Novum ebenſo und aus demſelben Grunde unanfechtbar und unumſtößlich, wenn ſie vom Bezirksgerichte, wie wenn ſie von einer jury ausgegangen [2]).

---

1) z. B. die Beſtimmung, daß zur Juryfähigkeit ein Alter von 30 Lebensjahren gehöre, oder die Beſtimmung, daß der Obmann der Geſchwornen den Wahrſpruch in Gegenwart aller übrigen Geſchwornen laut zu verkünden habe.

2) Wenn zu dieſem juriſtiſchen, proceſſualiſchen Grunde bei dem Verdicte einer jury noch ein weiterer von der politiſchen Seite der jury abgeleiteter hinzugefügt werden will, ſo kann dadurch obige Behauptung an ihrer Richtigkeit Nichts verlieren. Wir wollen der Auffaſſung des Inſtituts als eines politiſchen ihr Recht nicht nehmen; uns kommt es aber hier hauptſächlich darauf an, die Sache vom juriſtiſchen Standpunkte zu unterſuchen. Auch iſt es gewiß eine kraſſe Einſeitigkeit, wenn die jury in Schriften, die ſich mit dem Strafproceſſe beſchäftigen, nur von ihrer politiſchen Seite betrachtet wird. Vom publiciſtiſchen Standpunkte aus mag es eher gerechtfertiget erſcheinen, die politiſche Seite des Inſtitutes in den Vordergrund zu ſtellen, als vom proceſſualiſchen.

Wenn daher gewöhnlich nur von der sogenannten Unumstößlichkeit des Wahrspruches einer jury gesprochen, und als Grund derselben angeführt wird [1]), daß die jury ein Volksgericht sei, so bedarf dies einer dreifachen Berichtigung. Erstens ist es nämlich ein Irthum, so unbedingt von der Unumstößlichkeit des Wahrspruches einer jury zu sprechen.

Denn auch abgesehen von der Bestimmung des Code d'instr. crim. art. 352 [2]) (bayerisches Ges. v. 10. Nov. 1848 art. 212) und einigen ähnlichen Einrichtungen des englischen Rechts, ist der Wahrspruch, wie wir gesehen haben, theilweise anfechtbar und umstößlich, nämlich die in ihm enthaltene rechtliche Qualifikation. Sodann ist es irrthümlich, von einer vorzugsweisen Unumstößlichkeit des Wahrspruches einer jury zu sprechen. Endlich beruht es jedenfalls auch auf einer ganz einseitigen Auffassung der Frage, den angeführten Grund für die angebliche Unumstößlichkeit des Wahrspruches der jury als einzigen oder hauptsächlichen hinzustellen.

Da nun die sog. Beschwerde zur Wahrung oder im Interesse des Gesetzes gar kein Rechtsmittel im eigentlichen Sinne des Wortes ist, so glauben wir, die Annahme von nicht mehr und nicht weniger als jenen 2 Rechtsmitteln hinlänglich gerechtfertiget und obige Frage genügend beantwortet zu haben.

§. 38.

II. Für die Gerichtsverfassung

Dem aufmerksamen Leser wird sich nach den vorstehenden Erörterungen hier am Schlusse derselben von selbst die Frage aufdrängen,

---

1) So z. B. Hulshoff l. c. pag. 133.

2) Mit dieser Bestimmung sind wir natürlich nicht einverstanden. Denn sie statuirt eine Umstoßbarkeit der reinen Thatfrageentscheidung. Vgl. hierüber Köstlin „Geschwornengericht für Nichtjuristen S. 210 u. Mittermaier im Magaz. für hannov. Recht Bd. II. Hft. 1 S. 95. Auf diese Bestimmung läuft auch Geib's Vorschlag von „Ampliationen" hinaus. S. die Ref. des D. R. L. S. 142. Es muß auch hier wieder gefragt werden: worin besteht denn der Vorzug des zweiten Wahrspruches vor dem ersten? — S. auch noch Stemann a. a. O. S. 381, welcher bemerkt, daß französische Praktiker diese Bestimmung „nicht mit Unrecht für illusorisch halten und bezeugen, daß der dadurch zur aufsehenden Behörde gemachte Assisenhof im Zweifel schweigt und um nicht die Geschwornen anzugreifen und nicht neue Verhandlungen und Kosten zu veranlassen, lieber kein Veto einlegt. In dem denkwürdigen Hamburger Fall s.

wie ſich nach den vorgetragenen Grundſätzen die Gerichtsverfaſſung geſtalten müſſe. Es bedarf wohl nicht erſt der Verſicherung, daß der Verfaſſer die Beantwortung dieſer Frage, obwohl deren Berechtigung bei dem ſchon in der Vorrede angedeuteten innigen Zuſammenhange der Lehre von den Rechtsmitteln mit der Gerichts-Verfaſſung unbeſtreitbar iſt, mit einiger Scheu unternehme.

Der Grund hievon liegt nicht darin, daß der Verfaſſer nicht wüßte, was er zu antworten habe; denn die Antwort beſteht lediglich in der Darſtellung der Konſequenzen und Reſultate aus dem, was oben aufgeſtellt worden. Er liegt vielmehr in dem Inhalte der Antwort ſelbſt. Denn dieſe kann nach dem Vorausgegangenen nichts Geringeres ſein, als ein Vorſchlag zu einer Aenderung der Strafgerichtsverfaſſung, wie ſie in Frankreich und dermalen in den meiſten deutſchen Staaten beſteht. Wenn man bedenkt, mit welchen großen Schwierigkeiten, mit welchem Aufwande an Arbeit und Koſten eine jede ſcheinbar auch noch ſo geringe Aenderung in einer Gerichts-Verfaſſung verbunden iſt, wenn man ferner bedenkt, daß erſt vor Kurzem in allen deutſchen Staaten ſehr bedeutende, umfaſſende und tiefgreifende Aenderungen in der Strafgerichtsverfaſſung mit den größten Anſtrengungen vorgenommen worden, ſo wird jene Scheu wohl ſehr natürlich gefunden werden.

Allein ungeachtet der Gewichtigkeit aller dieſer Bedenken, von der wir vollkommen durchdrungen ſind, glauben wir uns von den folgenden Bemerkungen doch nicht nur nicht abhalten laſſen zu dürfen, ſondern ſogar dazu genöthiget zu ſein, und zwar dadurch, daß unſere Vorſchläge, wie bereits bemerkt worden iſt, nichts Anderes ſind, als bloße Konſequenzen des Vorausgegangenen. Wir hätten jedenfalls die Verantwortung wegen derſelben zu tragen, möchten wir ſelbſt oder möchte ein Anderer ſie gezogen haben. Sodann müſſen wir von vorneherein bemerken, daß unſere Vorſchläge, wie ſich zeigen wird, keine Umgeſtaltung der Strafgerichtsverfaſſung in der Art nöthig machen würden, daß neue Behörden zu ſchaffen wären, ſondern daß ſie die beſtehenden Gerichtsbehörden beibehalten wollen

---

Stemann a. a. O. S. 269, wo der Gerichtshof von der Befugniß Gebrauch machte, war der Erfolg ein unglücklicher. Ueber die engliſchen Einrichtungen ſ. Mittermaier „das engl. ꝛc. Strafverf.“ S. 523 ff. u. Biener „das engl. G. G.“ §. 58 u. 59.

und nur bezüglich der Geſchäfte derſelben einige Vereinfachung und Koſtenerſparung mit ſich bringende Aenderungen bezielen.

Endlich wird aber wohl auch die Frage geſtattet ſein, gegen welche Einrichtungen unſere Aenderungsvorſchläge gerichtet ſeien.

Sie ſind weſentlich gegen einige franzöſiſche Einrichtungen gerichtet, welche von einer ſehr kleinen Anzahl von Männern herrühren, aus denen die Geſetzgebungskommiſſionen vor und unter Napoleon beſtanden. Wenn nun auch die Verdienſte dieſer Männer im Allgemeinen über unſer Lob erhaben ſind, und wenn auch insbeſondere die franzöſiſche Gerichtsverfaſſung im Ganzen genommen von anderen Staaten unſtreitig nachgeahmt [1]) zu werden und namentlich vor der engliſchen den Vorzug verdient, ſo waren jene Männer doch nicht infallibel und ihre Anordnungen nicht abſolut unübertrefflich. **Le plus grand ennemi du bien c'est le mieux** [2]).

Was nun unſere Vorſchläge ſelbſt betrifft, ſo gehen wir hiebei von der Anſicht aus, daß ſich die Gerichtsverfaſſung nach den Beſtimmungen über das Verfahren und die Rechtsmittel, nicht dieſe nach jener zu richten haben. Zuerſt muß das Verfahren (mit Einbegriff der Rechtsmittel) möglichſt zweckmäßig eingerichtet werden; die Gerichtsverfaſſung ergiebt ſich dann von ſelbſt. Zuvor eine beliebige Gerichtsverfaſſung ent-

---

1) Wir verweiſen auf Köſtlin's Bemerkungen in deſſen „Geſchw.-Ger. f. N. J. S. 139 ff. Jedenfalls dürfte das Urtheil Geib's Ref. d. d. Rechtsl. S. 92 über die franzöſiſche Strafproceßgeſetzgebung im Ganzen einer bedeutenden Milderung fähig ſein, wie er übrigens in ſeinem Vorworte S. V. ſelbſt geſteht, daß er „bei nochmaligem Durchleſen des Niedergeſchriebenen bemerke, daß der Ton ſeiner Darſtellung mitunter ein etwas zu leidenſchaftlicher ꝛc. geworden ſei."

2) Hegel „Grundlinien der Philoſophie des Rechts" herausgeg. v. E. Gans 2. Aufl. Berlin 1840 S. 274: „An ein Geſetzbuch die Vollendung zu fodern, daß es ein abſolut fertiges, keiner weiteren Fortbeſtimmung fähiges ſein ſolle, — eine Forderung, welche vornehmlich eine deutſche Krankheit iſt, — und aus dem Grunde, weil es nicht ſo vollendet werden könne, es nicht zu etwas ſogenannten Unvollkommenen, d. h. nicht zur Wirklichkeit, kommen zu laſſen, beruht Beides auf der Mißkennung der Natur endlicher Gegenſtände" . . . . . — Die Nothwendigkeit einer kritiſchen Prüfung der franzöſiſchen Gerichtsverfaſſung und insbeſondere der Einrichtung des Kaſſationshofes wird namentlich dann ſehr einleuchtend, wenn man deren Geſchichte betrachtet, — wie dies z. B. bezüglich des Kaſſationshofes in der Schrift Friedreich's „der franzöſiſche Kaſſationshof" geſchehen iſt.

werfen und dann hienach das Verfahren einrichten, heißt in der That nichts Anderes, als den Prokruſtes nachahmen. Von dem Vorwurfe dieſer Nachahmung ſcheinen aber die franzöſiſchen Geſetzgeber nicht völlig freigeſprochen werden zu können. Es läßt ſich nicht ohne Grund vermuthen, daß ſie die Strafgerichtsverfaſſung für die Zuchtpolizeiſachen vor der Regelung des Verfahrens feſtgeſtellt und das Rechtsmittel der Berufung erſt dann ſtatuirt haben, nachdem bereits vorher die zweite Inſtanz angefertiget war. Wie dem aber auch ſei, jedenfalls ſteht feſt, daß ſie nicht gehörig erwogen, ob dieſes Rechtsmittel und dieſe zweite Inſtanz mit den ſonſtigen Proceß-Rechtsgrundſätzen vereinbar ſeien.

Wenn wir dieſe Grundſätze nach obiger Maxime für maaßgebend halten, ſo müſſen wir dieſe zweite Inſtanz, d. h. die Beſtellung von Appellationsgerichten *als ſolchen* in Strafſachen für unnöthig und ungeeignet erklären. Es kann und ſoll zwar auch nach unſerer Anſicht die Prüfung und Entſcheidung über die Nichtigkeitsbeſchwerde *gegen bezirksgerichtliche Urtheile* dieſen Obergerichten übertragen werden und inſoferne alſo an der bisherigen Kompetenz derſelben nichts geändert werden. Allein ſie ſind dann nicht mehr Appellationsgerichte im eigentlichen (bisherigen) Sinne des Wortes, ſondern eher Kaſſationsgerichte.

Wir gehen indeſſen in dem Anſchluſſe an die bisherigen Einrichtungen noch weiter. Nach unſerer Anſicht ſollen nämlich jene Obergerichte nicht bloß über die Nichtigkeitsbeſchwerde zu entſcheiden und auszuſprechen haben, ob das angefochtene Urtheil nichtig oder richtig ſei, ſondern ſie ſollen überdies überall, wo dies möglich iſt, wie bisher an die Stelle eines von ihnen für nichtig erklärten Urtheiles zugleich ein anderes Urtheil ſetzen, m. a. W. jene Obergerichte ſollen *nicht bloß Kaſſations-, ſondern auch Reviſionsgerichte ſein.*

Dies wäre im Weſentlichen die von uns *für Zuchtpolizeiſachen* zu beantragende, aus der Natur der Sache hervorgehende und an die bisherigen Einrichtungen ſich anſchließende Gerichts-Verfaſſung, wobei wir die Frage, ob gegen den Ausſpruch dieſer Obergerichte noch ein weiterer Rekurs (an den oberſten Gerichtshof, das Oberlandesgericht) zu geſtatten ſei, vorläufig bei Seite laſſen.

§. 39.

Fortſetzung.

Bis hieher glauben wir, falls man mit uns und den beiden oben angeführten Geſetzgebungen über die Verwerflichkeit des Rechtsmittels der Berufung in Zuchtpolizeiſachen einverſtanden iſt, auf keinen beſonderen Widerſpruch ſtoßen zu können.

Es fragt ſich nun aber, welche Einrichtungen in dieſer Beziehung für die Schwurgerichtsſachen zu treffen ſeien. Sind hiefür dieſelben Einrichtungen anwendbar, wie für die Zuchtpolizeiſachen, oder erfodern ſie eine beſondere von jener verſchiedene Gerichtsverfaſſung?

Der franzöſiſche Geſetzgeber hat ſich für das Letztere entſchieden und die neuere deutſche Geſetzgebung iſt ihm gefolgt.

In Frankreich beſtehen genau betrachtet für Strafſachen 2 verſchiedene Gerichtsverfaſſungen, eine für Zuchtpolizeiſachen, eine andere für Schwurgerichtsſachen [1]). Die Gerichtsverfaſſung für die korrektionellen Strafſachen hat, wenn wir ſo ſagen dürfen, 3 Inſtanzen: das Zuchtpolizeigericht (tribunal de la police correctionelle), das Appellationsgericht und den Kaſſationshof.

Alle Beſchwerden gegen die Urtheile der Zuchtpolizeigerichte mit alleiniger Ausnahme der Oppoſiton gegen Kontumazialurtheile müſſen unter dem gemeinſchaftlichen Namen der Appellation an die Appellationsgerichte gebracht werden und es wird von dieſen in der Art judicirt, daß ſie nicht bloß über die Beſchwerde und den Beſtand des angefochtenen Urtheis entſcheiden, ſondern auch an die Stelle des von ihnen für unrichtig gehaltenen Urtheils ſofort ein anderes die Hauptſache entſcheidendes Urtheil ſetzen, falls ſie nicht etwa die Kompetenz eines anderen, z. B. des Schwurgerichts für begründet halten müſſen. Gegen dieſes Urtheil ſteht eine weitere Beſchwerde an den Kaſſationshof zu, welche jedoch der Beſchwerde gegen das Urtheil der erſten Inſtanz gegenüber in ſoferne beſchränkt iſt, als ſie jetzt nicht mehr gegen die Entſcheidung der Thatfrage gerichtet ſein kann. Dieſe Beſchwerde heißt Nichtigkeitsbeſchwerde. Der Kaſſationshof beſchränkt ſich in der Regel auf die Entſcheidung über die Nichtigkeitsbeſchwerde

1) Von den Polizeiübertretungen (contraventions de simple police) ſehen wir hier völlig ab.

und den Beſtand des angefochtenen Urtheils, während er die Urtheils-Fällung einem anderen Gerichte überweiſt.

Die Gerichtsverfaſſung für die Schwurgerichtsfälle dagegen beſitzt nur 2 Inſtanzen: das Schwurgericht[1]) und den Kaſſationshof. Es giebt hier, abgeſehen von dem Falle eines Novum keine Beſchwerde gegen die Entſcheidung der Thatfrage; alle Beſchwerden, die hier zuläßig ſind, müſſen — wieder mit Ausnahme der Oppoſition — unter dem Namen Nichtigkeitsbeſchwerde an den Kaſſationshof gerichtet werden, deſſen Kompetenz auch hier in der angegebenen Weiſe beſchränkt iſt.

Die Verſchiedenheit der beiden Gerichtsverfaſſungen geht aber noch weiter; ſie bezieht ſich nicht bloß auf die Organe für die Urtheilsfällung, ſondern auch auf die Organe für die Verſetzung in Anklageſtand. In den korrektionellen Strafſachen geſchieht dieſe durch die Zuchtpolizeigerichte (Rathskammer, chambre du conseil, Verweiſungskammer)[2]), in den ſchwurgerichtlichen durch die Appellationsgerichte (Anklagekammer, chambre de mise en accusation). Die Beſchwerde gegen die Beſchlüſſe der Rathskammern geht an das Appellationsgericht, gegen die Beſchlüſſe der Anklagekammer an den Kaſſationshof.

Man wird uns nun wohl zugeſtehen müſſen, daß derjenige, welcher den erſten unbefangenen Blick auf dieſe doppelte Gerichtsverfaſſung wirft, dieſelbe ſehr komplizirt, weitläufig und äußerſt ſchwerfällig finden werde. Sie iſt in der That eine Art von Labyrinth und es iſt unſeren Juriſten ſehr hoch anzurechnen, wenn ſie ſich in demſelben ſchon auf der erſten Wanderung durch daſſelbe zurecht zu finden wiſſen. Wer nicht an unheilbarer Gallomanie leidet, muß ſich von der Unzweckmäßigkeit dieſer Gerichtsverfaſſung überzeugen, wenn er bedenkt, wie viele Kreuz- und Quergänge eine

---

1) Das Schwurgericht iſt gleichſam eine Kommiſſion des Appellationsgerichts. Vgl. Mittermaier deutſch. Strafverf. I. §. 40 S. 265. Die Gerichtsverfaſſung für die Schwurgerichtsſachen beginnt alſo ſchon um eine Stufe höher, als die für die korrektionellen Sachen. Warum? Sind etwa die Bezirksgerichte nicht fähig zu den Funktionen eines Schwurgerichtshofes? Wenn dies der Grund wäre, dann dürften auch keine Bezirksgerichtsmitglieder zu Beiſitzern der Schwur-Gerichtshöfe genommen werden.

2) Wie ſie der bayeriſche Entwurf von 1851 art. 14 treffend nennt.

Straffache nach dieſer Gerichtsverfaſſung möglicherweiſe zu durchwandern gezwungen iſt, und wie viele Arbeit und Koſten durch dieſen komplizirten Mechanismus vergeudet werden! Es wäre ein leichtes, die Wahrheit dieſer Behauptung durch die eklatanteſten Beiſpiele zu belegen. Wir brauchen aber nur auf die Annalen der franzöſiſchen und neueren deutſchen Strafrechtspflege zu verweiſen [1]).

Nach unſerer Anſicht wären die folgenden Einrichtungen viel einfacher, und es würden dadurch unendlich viel Arbeit, Zeit und Koſten erſpart. Wir gehen von dem namentlich in dem art. 10 Nro. 4 des bayeriſchen Geſetzes vom 4. Juni 1848 „die Grundlagen der Geſetzgebung über die Gerichtsorganiſation ꝛc. betreffend“ ganz richtig aufgeſtellten Grundſatze aus, daß die Schwurgerichte bei den Bezirksgerichten abzuhalten ſeien, alſo die Schwurgerichtsſachen zur Kompetenz der hiefür mit der jury verſtärkten Bezirksgerichte gehören, und der Schwurgerichtshof, wie ſich die Motive zu dem neueſten bayeriſchen Entwurfe einer Strafproceß-Ordnung von 1851 zu art. 32 ausdrücken, „einen Beſtandtheil des Bezirksgerichtes“ bilde.

Wir halten dieſe Einrichtung für viel natürlicher und zweckmäßiger, als die in dieſem Entwurfe [2]) getroffene, wonach die Schwurgerichtshöfe als gleichgeordnet den Kreisgerichten (Appellationsgerichten) und „gewiſſermaſſen als Kommiſſionen dieſer Gerichtshöfe erſcheinen.“ Der Hauptgrund, warum der Entwurf von obiger Beſtimmung abweichen zu müſſen glaubt, beſteht in der großen Geſchäftslaſt der Bezirksgerichte. Allein dieſer Grund fällt weg, wenn man das Perſonal derjenigen Bezirksgerichte, bei welchen die Aſſiſe abzuhalten, dem Bedürfniß entſprechend vermehrt [3]).

---

1) Vgl. hierüber auch die trefflichen Bemerkungen von Friedreich „der franz. K. H.“ S. 39 u. 40, 57.

2) S. Motive zu art. 29 u. 32. Im Widerſpruche hiemit ſcheint die Beſtimmung des Entwurfs im art. 22 zu ſtehen, wonach „in jedem Kreisgerichts-Bezirke regelmäßig alle drei Monate bei dem hiezu durch königliche Verordnung beſtimmten Bezirksgerichte eine Schwurgerichtsſitzung abgehalten wird.

3) Hiedurch iſt offenbar keine Vermehrung der Koſten der Strafrechtspflege bedingt. Denn die Zahl der Richter im Ganzen bleibt dieſelbe, man nehme nun die Beiſitzer des Schwurgerichtshofes aus den Mitgliedern des Kreisgerichts oder eines Bezirksgerichts. Ja wenn der entgegengeſetzte Grundſatz vollkommen durchgeführt würde, ſo wäre dies koſtſpieliger, als obige Einrichtung. Denn

und den Beſtand des angefochtenen Urtheils, während er die Urtheils-Fällung einem anderen Gerichte überweiſt.

Die Gerichtsverfaſſung für die Schwurgerichtsfälle dagegen beſitzt nur 2 Inſtanzen: das Schwurgericht[1]) und den Kaſſationshof. Es giebt hier, abgeſehen von dem Falle eines **Novum** keine Beſchwerde gegen die Entſcheidung der Thatfrage; alle Beſchwerden, die hier zuläßig ſind, müſſen — wieder mit Ausnahme der Oppoſition — unter dem Namen Nichtigkeitsbeſchwerde an den Kaſſationshof gerichtet werden, deſſen Kompetenz auch hier in der angegebenen Weiſe beſchränkt iſt.

Die Verſchiedenheit der beiden Gerichtsverfaſſungen geht aber noch weiter; ſie bezieht ſich nicht bloß auf die Organe für die Urtheilsfällung, ſondern auch auf die Organe für die Verſetzung in Anklageſtand. In den korrektionellen Strafſachen geſchieht dieſe durch die Zuchtpolizeigerichte (Rathskammer, **chambre du conseil**, Verweiſungskammer)[2]), in den ſchwurgerichtlichen durch die Appellationsgerichte (Anklagekammer, **chambre de mise en accusation**). Die Beſchwerde gegen die Beſchlüſſe der Rathskammern geht an das Appellationsgericht, gegen die Beſchlüſſe der Anklagekammer an den Kaſſationshof.

Man wird uns nun wohl zugeſtehen müſſen, daß derjenige, welcher den erſten unbefangenen Blick auf dieſe doppelte Gerichtsverfaſſung wirft, dieſelbe ſehr komplizirt, weitläufig und äußerſt ſchwerfällig finden werde. Sie iſt in der That eine Art von Labyrinth und es iſt unſeren Juriſten ſehr hoch anzurechnen, wenn ſie ſich in demſelben ſchon auf der erſten Wanderung durch daſſelbe zurecht zu finden wiſſen. Wer nicht an unheilbarer Gallomanie leidet, muß ſich von der Unzweckmäßigkeit dieſer Gerichtsverfaſſung überzeugen, wenn er bedenkt, wie viele Kreuz- und Quergänge eine

---

1) Das Schwurgericht iſt gleichſam eine Kommiſſion des Appellationsgerichts. Vgl. Mittermaier deutſch. Strafverf. I. §. 40 S. 265. Die Gerichtsverfaſſung für die Schwurgerichtsſachen beginnt alſo ſchon um eine Stufe höher, als die für die korrektionellen Sachen. Warum? Sind etwa die Bezirksgerichte nicht fähig zu den Funktionen eines Schwurgerichtshofes? Wenn dies der Grund wäre, dann dürften auch keine Bezirksgerichtsmitglieder zu Beiſitzern der Schwur-Gerichtshöfe genommen werden.

2) Wie ſie der bayeriſche Entwurf von 1851 art. 14 treffend nennt.

allerdings mit den Motiven[1]) zum bayerischen Entwurfe einer St. P. O. von 1851 für unzweckmäßig erklären; allein der Entwurf fehlt unserer Ansicht nach, wenn er mit dieser Einrichtung das System der „einfachen Anklagekammer“ selbst verwirft.

2) Die Nichtigkeitsbeschwerde kann und soll in schwurgerichtlichen Fällen (also gegen die Urtheile des Schwurgerichts) eben so an die Appellations- oder Kreisgerichte, wie in den korrektionellen Sachen (gegen die Urtheile der Zuchtpolizeigerichte) gerichtet werden.

Für diese letztere Einrichtung läßt sich vor Allem anführen, daß sie schon einmal in Bayern bestanden habe. Früher[2]) bestand der Kassationshof (für die Rheinpfalz) aus einem Senate des Appellationsgerichtes zu Zweibrücken. Er wurde für die einzelnen Fälle aus solchen Mitgliedern des Appellationsgerichtes gebildet, welche in der fraglichen Sache nicht schon vorher z. B. als Mitglied der Anklagekammer oder Schwurgerichtspräsident oder etwa auch in ihrer früheren Eigenschaft als Mitglied des Bezirksgerichtes funktionirt hatten.

Der Grund dieser Einrichtung lag offenbar in der weiten Entfernung des obersten bayerischen Gerichtshofes (zu München) und in der Proceßverzögerung und Kostspieligkeit, welche unvermeidlich gewesen wären, wenn die Nichtigkeitsbeschwerden an diesen Gerichtshof hätten eingesendet werden müssen, und derselbe nach dem französischen Muster die beschränkte Kompetenz eines Kassationshofes gehabt hätte. Als man später diese Einrichtung abschaffen zu müssen glaubte, traf man aus denselben Rücksichten die Einrichtung[3]), wie sie auch für die preußischen[4]) Rheinprovinzen bestand, daß man zwar den Kassationshof aus dem rheinpfälzischen Appellationsgerichte in das Ober-

1) Zu art. 351 — 385. Als ein legislatives Beispiel für unseren Vorschlag können wir den badischen Entwurf von 1835 anführen. Mittermaier „die Mündlichkeit“ ꝛc. S 134 „Die Kommission vereinigte sich nun in ihrer Mehrheit, daß über Versetzung in den Anklagestand auch das Bezirksgericht, bei welchem die Voruntersuchung geführt wurde, entscheiden sollte.“

2) S. Mittermaier „deutsch. Strafverf. I. §. 40 S. 272.

3) Verordnung v. 29. Juni 1832 u. Ges. v. 25. Aug. 1843. S. Mittermaier a. a. O. Note 105 u. 106.

4) S. Mittermaier a. a. O. Note 105. Auch in den Niederlan-

landesgericht (Oberappellationsgericht) verlegte, dieſem aber außer der Eigenſchaft eines Kaſſationshofes auch — ſoweit dies möglich war, nämlich wenn ſich die Nichtigkeitsbeſchwerde nicht auf die Verletzung einer proceſſualen Vorſchrift, ſondern auf unrichtige Anwendung ſtrafrechtlicher Beſtimmungen (error in judicando im Gegenſatze zum error in procedendo) bezog — die Eigenſchaft eines Reviſionsgerichtes (über die Hauptſache) beilegte.

Der Zweck der Zeit- und Koſtenerſparung wurde nun aber ohne Zweifel durch die erſtere Einrichtung beſſer erreicht, als durch die letztere.

Ein Hauptgrund, warum dieſe an die Stelle von jener geſetzt wurde, lag wahrſcheinlich darin, daß man häufig um Richter in Verlegenheit war, die in der konkreten Strafſache nicht ſchon vorher irgendwie thätig geweſen waren. Hieraus kann aber gegen unſeren Vorſchlag deßhalb kein Einwand abgeleitet werden, weil wir die Anklagekammer aus den Appellationsgerichten in die Bezirksgerichte verlegen würden und hiedurch die Hauptquelle jener Verlegenheit verſiegen müßte. Noch ſeltener könnte eine ſolche Verlegenheit eintreten, wenn man in der Konſequenz ſo weit gienge, daß man auch zur Funktion des Schwurgerichtspräſidenten nicht Appellationsgerichtsräthe abordnen, ſondern dieſelbe den Vorſtänden oder Mitgliedern der Bezirks-Gerichte überlaſſen würde. Es wäre dies zwar nur konſequent und darum nicht zu tadeln; allein wir halten es nicht für nöthig.

Unſer Vorſchlag gienge nun dahin, die frühere bayeriſche Einrichtung mit der ſpäteren in der Art zu kombiniren und zu generaliſiren, daß alle Appellations- oder Kreisgerichte für die Schwurgerichtsſachen, wie für die korrektionellen, zu Kaſſations- und ſoweit dies möglich[1]), auch zu Reviſions-

---

den erkennt der Kaſſationshof in der Hauptſache ſelbſt, wenn das Urtheil wegen falſcher Anwendung des Geſetzes kaſſirt wird. S. Mittermaier a. a. O. II. §. 206. S. 650.

1) Möglich iſt dies nur in dem Falle, wo die Nichtigkeitsbeſchwerde ſich auf eine „contravention à la loi“ („unrichtige Anwendung des Geſetzes“), nicht auf „Verletzung einer weſentlichen Förmlichkeit des Proceſſes“ ſtützt. In letzterem Falle kann natürlich immer nur eine Abweiſung der Beſchwerde oder Verweiſung der Sache an ein anderes Gericht, niemals eine Entſcheidung der Sache ſelbſt erfolgen. Sehr richtig bemerkt Friedreich „der franzöſ. Kaſſ. Hof.“ S. 55, daß im Falle einer ſolchen Beſchwerde „ein Gerichtshof letzter Inſtanz ſo wenig, wie ein Kaſſationshof in materialibus causae erkennen könne,

allerdings mit den Motiven [1]) zum bayerischen Entwurfe einer St. P. O. von 1851 für unzweckmäßig erklären; allein der Entwurf fehlt unserer Ansicht nach, wenn er mit dieser Einrichtung das System der „einfachen Anklagekammer" selbst verwirft.

2) Die Nichtigkeitsbeschwerde kann und soll in schwurgerichtlichen Fällen (also gegen die Urtheile des Schwurgerichts) eben so an die Appellations- oder Kreisgerichte, wie in den korrektionellen Sachen (gegen die Urtheile der Zuchtpolizeigerichte) gerichtet werden.

Für diese letztere Einrichtung läßt sich vor Allem anführen, daß sie schon einmal in Bayern bestanden habe. Früher [2]) bestand der Kassationshof (für die Rheinpfalz) aus einem Senate des Appellationsgerichtes zu Zweibrücken. Er wurde für die einzelnen Fälle aus solchen Mitgliedern des Appellationsgerichtes gebildet, welche in der fraglichen Sache nicht schon vorher z. B. als Mitglied der Anklagekammer oder Schwurgerichtspräsident oder etwa auch in ihrer früheren Eigenschaft als Mitglied des Bezirksgerichtes funktionirt hatten.

Der Grund dieser Einrichtung lag offenbar in der weiten Entfernung des obersten bayerischen Gerichtshofes (zu München) und in der Proceßverzögerung und Kostspieligkeit, welche unvermeidlich gewesen wären, wenn die Nichtigkeitsbeschwerden an diesen Gerichtshof hätten eingesendet werden müssen, und derselbe nach dem französischen Muster die beschränkte Kompetenz eines Kassationshofes gehabt hätte. Als man später diese Einrichtung abschaffen zu müssen glaubte, traf man aus denselben Rücksichten die Einrichtung [3]), wie sie auch für die preußischen [4]) Rheinprovinzen bestand, daß man zwar den Kassationshof aus dem rheinpfälzischen Appellationsgerichte in das Ober-

1) Zu art. 351 — 385. Als ein legislatives Beispiel für unseren Vorschlag können wir den badischen Entwurf von 1835 anführen. Mittermaier „die Mündlichkeit" ꝛc. S 134 „Die Kommission vereinigte sich nun in ihrer Mehrheit, daß über Versetzung in den Anklagestand auch das Bezirksgericht, bei welchem die Voruntersuchung geführt wurde, entscheiden sollte."

2) S. Mittermaier „deutsch. Strafverf. I. §. 40 S. 272.

3) Verordnung v. 29. Juni 1832 u. Ges. v. 25. Aug. 1843. S. Mittermaier a. a. O. Note 105 u. 106.

4) S. Mittermaier a. a. O. Note 105. Auch in den Niederlan-

Oberlandesgericht auf Antrag seines mit der Aufsicht über die Gesetzes-Anwendung betrauten Staatsanwaltes jederzeit geheilt werden. Es ist daher grundlos, wenn Temme[1]) behauptet, „um der Einheit und Sicherheit des Rechts willen dürfe die Beurtheilung des Rechtspunktes unter allen Umständen schließlich nur von Einer obersten Richterbehörde im Staate ausgehen."

Was insbesondere noch den Vorschlag betrifft, daß den Kreis-Gerichten außer der Eigenschaft eines Kassationshofes auch so weit möglich die eines Revisionshofes beigelegt werden möchte, so wird dadurch der mit der französischen Einrichtung verbundene nicht zu leugnende Nachtheil abgewendet, welcher schon von Mittermaier[2]) sehr richtig hervorgehoben wird, indem derselbe bemerkt, daß „die Kassation leicht ein Mittel unnöthiger Verzögerungen werde"[3]).

Endlich kann gegen unseren zweiten Vorschlag auch nicht der Einwand erhoben werden, daß es unstatthaft sei, derselben Justizbehörde, bei welcher über die Versetzung in Anklagestand erkannt wird, auch die Entscheidung über die Beschwerde gegen dieses Erkenntniß oder gegen das Endurtheil, wozu ein Mitglied dieser Justizbehörde als Schwurgerichtspräsident mitgewirkt habe, zu übertragen und somit dieselbe gleichsam zum judex in propria causa zu bestellen. Denn nach unserem ersten Vorschlage soll eben diese Justizbehörde nicht über

---

1) a. a. O. S. 170.

2) Deutsches Strafverf. I. §. 40 S. 270.

3) Die Unzweckmäßigkeit der französischen Einrichtung des Kassationshofes ist nun neuerlich von A. Friedreich in s. angef. Schrift „der französ. Kass.-Hof" meisterhaft dargethan worden. Es ist in derselben namentlich sehr gut nachgewiesen, daß der französische Kassationshof allmälig und zuletzt insbesondere durch das Gesetz v. 1. April 1837 seine ursprüngliche bloß auf Kassiren beschränkte Bestimmung thatsächlich verloren und sich mehr dem Charakter eines obersten Gerichtshofes genähert habe, weil im Falle einer Nichtigkeitsbeschwerde wegen contravention à la loi die Abweisung der Beschwerde implicite immer eine Bestättigung des angegriffenen Urtheils (sei es durch das plenum oder eine Sektion) enthält, und das tribunal du renvoi seinem Ausspruche die Ansicht des plenum zu Grunde legen muß, — also zuletzt nach mancherlei Hin- und Herziehen der Sache diese doch immer effektiv durch den Kassationshof entschieden wird. — Unser Vorschlag will also eigentlich nur das auf dem geraden und kürzesten Wege, was in Frankreich auf allerlei Umwegen erreicht wird.

die Verſetzung in Anklageſtand erkennen, und es iſt auch, wie oben bemerkt wurde, keineswegs abſolut nothwendig, daß Mitglieder der Kreisgerichte zur Funktion des Schwurgerichtspräſidiums abgeordnet werden.

Es verſteht ſich wohl von ſelbſt, daß in den Schwurgerichtsſachen ebenſo, wie die Beſchwerden gegen die Endurtheile, auch die gegen die Verſetzung in Anklageſtand bei den Kreisgerichten anzubringen ſind.

§. 40.

Fortſetzung. — Schluß.

Was nun weiter die Frage betrifft, worin die Kompetenz des oberſten oder Centralgerichts beſtehen ſolle, ſo können wir eigentlich die Berechtigung dieſer eine petitio principii enthaltenden Frage gar nicht anerkennen. Denn wenn ſich die Gerichtsverfaſſung nach dem aus dem Verfahren hervorgehenden Bedürfniſſe zu richten hat, ſo kann nicht a priori die Nothwendigkeit einer Kompetenz dieſes Gerichts in Strafſachen angenommen, und können nicht Beſtimmungen über dieſe fragliche Kompetenz gefodert werden, ehe feſtgeſtellt iſt, ob man dieſes Gerichts hier überhaupt bedürfe.

Indeſſen iſt die Frage bereits theilweiſe beantwortet und dem oberſten Gerichtshofe eine wichtige Funktion zugetheilt worden, nämlich die Herſtellung und Erhaltung einer einheitlichen und übereinſtimmenden (und, wie ſich von ſelbſt verſteht, — korrekten) Geſetzesanwendung.

Es iſt hier noch nicht der Ort, anzugeben, auf welche Art und Weiſe dieſe Funktion zu regeln ſei. Nur ſoviel will hier ſchon bemerkt werden, daß das vermittelnde, Impuls gebende Organ zu dieſer Funktion des oberſten Gerichts der bei dieſem angeſtellte General-Staatsanwalt ſein müſſe, und daß dieſe Vermittelung zunächſt und regelmäßig auf dem Wege der ſog. Beſchwerde im Intereſſe oder zur Wahrung des Geſetzes geſchehen könne, ſo daß alſo die vom Generalſtaatsanwalte gerügte Handlung (Entſcheidung) quoad valorem nicht kaſſirt würde.

Nach unſerer Anſicht ſollte aber hiemit die Kompetenz des Centralgerichts noch nicht erſchöpft ſein. Wir haben nämlich oben von

der Sorge gesprochen, unrichtige Entscheidungen der als Kassations- und Revisionsgerichte fungirenden Kreisgerichte unschädlich zu machen und auf diese Art jene Garantie für eine richtige und gerechte Gesetzesanwendung zu ersetzen, welche man darin zu finden gewohnt ist, daß der oberste Gerichtshof über alle Nichtigkeitsbeschwerden entscheidet. Wir glauben nun, daß hiefür nicht anders gesorgt werden könne, als dadurch, daß man gegen die kreisgerichtlichen Entscheidungen eine Nichtigkeitsbeschwerde an das Centralgericht gestatte. Diese Nichtigkeitsbeschwerde müßte aber hier sehr beschränkt sein. Die Beschränkungen werden sich aus dem Zwecke dieser Einrichtung von selbst ergeben. Es handelt sich hier, wie bemerkt, lediglich um Unschädlichmachung unrichtiger, materiell ungerechter Entscheidungen, und zwar von Entscheidungen eines Obergerichts, welches — und dies wird man wohl nicht in Abrede stellen wollen — im Allgemeinen bedeutende Garantien für eine korrekte Rechtspflege bietet.

Hieraus dürfte vor Allem zu folgern sein, daß von einem dringenden Bedürfnisse, jene Beschwerde zu gestatten, doch nur in den schwereren Fällen, also jedenfalls nicht in korrektionellen Strafsachen, gesprochen werden könne. Als Grenze könnte vielleicht eine 10jährige Freiheitsstrafe festgesetzt werden.

Sodann folgt aus Obigem jedenfalls, daß die Beschwerde nur gegen solche Entscheidungen zuläßig sei, welche ein Erkenntniß in der Hauptsache selbst enthalten [1]). Denn wenn durch den Ausspruch des Kreisgerichts lediglich ein neues Verfahren, also in Bezug auf das schwurgerichtliche Urtheil bloß Kassation angeordnet wird, so kann hier von einer materiellen Ungerechtigkeit desselben offenbar nicht gesprochen werden.

Eine weitere Frage ist die, ob die Beschwerde bloß gegen abändernde, oder auch gegen bestättigende Entscheidungen der Kreisgerichte zuzulassen sei. Eine apodiktische Antwort hierauf läßt sich aus Obigem nicht ableiten. Die Rücksicht auf den Gleichlaut

---

1) Es wird also vorausgesetzt, daß schon die erste Nichtigkeitsbeschwerde d. h. die gegen das schwurgerichtliche Erkenntniß, auf eine „unrichtige Anwendung des Gesetzes“ (contravention à la loi) gestützt war.

zweier Entscheidungen scheint für die Beschränkung zu sprechen. Ausnahmen dürften jedoch für den Fall eines Todesurtheils und eines auf lebenslängliche FreiheitsStrafe lautenden Erkenntnisses zu statuiren sein.

Ebensowenig läßt sich aus dem Zwecke des Instituts die Beschränkung ableiten, daß die Beschwerde bloß den Angeklagten resp. Verurtheilten zu gestatten sei. Wir überlassen es der Entscheidung des Lesers, ob der Staat auf dieselbe verzichten solle und könne, oder nicht. Nur möchten wir bemerken, daß der Staat in derselben ein weiteres Mittel hätte, auf eine einheitliche Gesetzesanwendung hinzuwirken.

Eine weitere Funktion des Centralgerichts bei der Strafrechtspflege wäre endlich die Entscheidung von Kompetenzkonflikten zwischen den Kreisgerichten und zwischen solchen Bezirks-Gerichten, die unter verschiedenen Kreisgerichten stehen.

Wem hienach der Wirkungskreis des Centralgerichts noch zu klein ist, dem können wir nicht helfen. Wir halten an dem Satze fest, daß sich die Gerichtsverfassung nach dem Verfahren, nicht dieses nach jener zu richten habe.

Hiemit hätten wir nun den propädeutischen Theil unseres Thema's beendiget, und wir glaubten, auf dieser Grundlage zur Darstellung der einzelnen Rechtsmittel übergehen zu können.

Allein wir fühlen uns verpflichtet, an diejenigen Leser noch einige Worte zu richten, welche sich vielleicht nur ungern von der Unhaltbarkeit des Rechtsmittels der Berufung, der Entscheidungsgründe zu der Entscheidung der Thatfrage und der zweiten Instanz (im eigentlichen engeren Sinne des Wortes) zu überzeugen vermochten, weil sie in diesen Einrichtungen eine werthvolle Garantie für eine gerechte Strafrechtspflege und insbesondere ein sicheres Schutzmittel der Unschuld gegen ungerechte Verurtheilungen erblickten.

Wenn nun diese Leser andere Garantien hiefür fodern, so erkennen wir zwar die Foderung solcher Garantieen im Allgemeinen als vollkommen gerecht an, glauben aber daran erinnern zu müssen, daß die Anhänger jener Institute diese weit zu überschätzen pflegen [1]). Worin sollen nun aber solche Garantieen bestehen?

---

1) Köstlin „das Geschwornengericht für Nichtjuristen" S. 212 macht diese

Für die beste Garantie halten wir immer und überall die Tüchtigkeit des Richterstandes in intellektueller Bildung und Charakter. Was man also in dieser Beziehung von den Obergerichten verlangt, das muß auch von den Untergerichten verlangt werden. Zu den besten Garantieen [1]) gehören — abgesehen von der Oeffentlichkeit des Verfahrens — unstreitig eine ansehnliche Zahl von Richtern und ein gehörig ausgedehntes Rekusationsrecht des Angeklagten.

Großer Werth wird ferner mit Recht auf die sog. Inammovibilität und auf die sofortig definitive Anstellung der Richter gelegt [2]). Eine bedeutende Garantie dürfte sodann auch in der Erhöhung der Besoldungen der Richter bei den Untergerichten zu finden sein, wozu die Mittel etwa aus dem plus der Besoldungen der höheren Richter gewonnen werden könnten, worüber sich der Richterstand (im Ganzen) gewiß nicht beklagen würde.

Was dagegen das in der Braunschweigischen St. P. O. [3]) aufgestellte Erforderniß der Einstimmigkeit der bezirksgerichtlichen Urtheile betrifft, so halten wir dieselbe hier noch für viel unzweckmäßiger, als bei dem Verdict einer jury, und zwar gerade besonders in der hier in Rede stehenden Beziehung. Denn der Gedanke liegt hier sehr nahe, daß die Furcht vor den Vorgesetzten den einzelnen Richter zu dem nicht überzeugungsmäßigen Anschluß an die Majorität veranlassen werde, — eine Furcht, die natürlich die Geschwornen nicht haben können, wenn dieselbe auch bei diesen durch andere aus dem Erfordernisse der Einstimmigkeit hervorgehende Gefahren ersetzt wird [4]).

Das einfachste Mittel, dem unmotivirten und inappellablen

Bemerkung bezüglich des früheren Systems der Rechtsmittel. Sie gilt aber nicht minder für das französische Rechtsmittel der Appellation und das Institut der Entscheidungsgründe Vgl. auch noch C. v. Stemann „die Jury in Strafsachen" Hamb. 1847 S. 376 u. 379.

1) Vgl. auch Molitor a. a. O. S. 39 ff.

2) S. Stahl „Rechtsphilosophie" II, 2 § 131.

3) §. 92.

4) Auch J Gundermann in seiner Schrift „Ueber die Einstimmigkeit der Geschwornen" München 1849 hat sich nicht für den Zwang aller 12 Geschwornen zur Einstimmigkeit erklärt. —

Schuldurtheile abhängiger Richterbeamten zu entgehen, wäre — so möchte vielleicht behauptet werden — das, daß man Geschworne auch für die korrektionellen Sachen beriefe [1]). Allerdings! Dies wäre für den Augenblick das einfachste Mittel; aber ebenso gewiß auch das einfachste und sicherste Mittel, die jury in kürzester Zeit zu Grunde zu richten. Wer sich hievon überzeugen will, möge nur nach jenem deutschen Staate hinblicken, wo die Bürger selbst um eine Beschränkung der Kompetenz der jury bitten. Gänzliche Abneigung gegen die jury und Abschaffung derselben würde zuverläßig erfolgen, wenn den Wünschen derjenigen Gehör gegeben würde, die eine Erweiterung der Kompetenz der jury wollen, damit das Prinzip konsequent durchgeführt werde.

Uebrigens haben wir noch zu bemerken — und wir bitten, dies wohl im Auge zu behalten, — daß, wie wir im zweiten Theile sehen werden, das Rechtsmittel der Revision einen weit größeren Spielraum erhalten müsse, als es im französischen Rechte hat, — einen Spielraum, welcher mit einem großen Theile des der Appellation angewiesenen Spielraumes zusammenfällt, so daß letztere dem Angeklagten jedenfalls bis zu dem fraglichen Theile ganz überflüssig wird. —

Die wichtigste und werthvollste Garantie endlich für die materielle Gerechtigkeit der Strafurtheile erblicken wir in dem, was die Engländer mit Stolz ihr fair trial [2]) nennen, eine Garantie, welcher nach unserer Ansicht ein noch so vervielfältigter Instanzenzug, — überhaupt keine andere Einrichtung an Werth auch nur nahe, geschweige gleich kommt.

Eine einmalige, aber gründliche, erschöpfende und allseitige Verhandlung der Sache ist besser, als jede Anstalt zur Verbesserung einer mangelhaften. Denn der Werth einer jeden solchen Anstalt ist der Natur der Sache gemäß ein höchst problematischer. Jeder erfahrne Praktiker wird bestättigen, daß zwar die juristischen Irrthümer eines Untergerichts leicht von einem Obergerichte verbessert werden können, nicht so aber eine mangelhafte Verhandlung des Faktischen. Als eines der wirksamsten Mittel zur Erforschung der Wahr-

1) So z. B. Rudhart a. a. O. S. 69.

2) Vgl. hierüber Mittermaier in dessen „engl. ꝛc. Strafverf." S. 53.

heit und insbesondere zum Schutze der Unschuld dürfte aber unstreitig die englische Einrichtung des Kreuzverhörs zu empfehlen sein [1]). Die cross-examination ist eine Hauptbedingung des fair trial [2]).

---

1) Das Preußische Gesetz vom 3. Mai 1852 hat das Kreuzverhör auch bereits aufgenommen und im art. 77 sehr zweckmäßig geregelt.

2) Der Verfasser will schließlich nicht unterlassen, die ihm von Herrn Geh.-Rath Mittermaier zugekommene Bemerkung beizufügen, daß die bei J. Glaser a. a. O. S. 135 ff. angeführte und abgedruckte Instruktion in dem Berathungszimmer der Geschwornen nicht angeschlagen sei.

Die

Rechtsmittel im Strafverfahren

nach den

Grundsätzen des englisch-französischen Strafprozeßrechtes

bearbeitet

von

Dr. Friedrich Walther,

a. o. Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität

mit einem Vorworte

von

Dr. C. J. A. Mittermaier.

II. Abtheilung.

München.

Verlag von Christian Kaiser.

1855.

Vorrede.

Ich habe zwar bei dem Erſcheinen der erſten Abtheilung den Zeitpunkt des Erſcheinens der zweiten nicht bezeichnet. Dennoch will ich nicht unterlaſſen, um Entſchuldigung zu bitten, daß zwiſchen beiden ein verhältnißmäßig längerer Zwiſchenraum liegt. Die Gründe der Verzögerung kann ich aber nicht angeben, da ſie weniger in der Natur der Arbeit ſelbſt, als in äußeren Verhältniſſen lagen, — wenn auch die vorwürfige Materie, wie jeder Kundige bezeugen wird, von der Art iſt, daß ihre Bearbeitung Zeit verlangt.

Uebrigens kommt es auch bei Arbeiten der fraglichen Art nicht darauf an, wann ſie fertig werden, ſondern was ſie werth ſind. Hierüber ſteht mir nun freilich kein Urtheil zu; aber darauf glaube ich doch meine Leſer aufmerkſam machen zu dürfen, daß die Arbeit keine gar ſo leichte geweſen ſei. Da die Aufgabe in der Zwiſchenzeit keine Löſung durch eine tüchtigere Kraft gefunden, ſo nehme man verlieb mit meinem Verſuche und berückſichtige, daß es überhaupt noch gar keine Monographieen über größere Theile des neueren Strafprozeßrechtes gibt, während ſie doch ein anerkanntes Bedürfniß ſind. Habe ich mich da und dort geirrt oder habe ich dieſes und jenes überſehen, nun ſo mögen Andere es korrigiren und nachholen. Ich bin zufrieden, wenn durch meine Erörterungen ein tieferes Eingehen in das Detail veranlaßt und am Ende etwas Erſprießliches hervorgebracht wird.

In Bezug auf die Intention der folgenden Erörterungen beziehe ich mich lediglich auf das, was ich hierüber in der Vorrede zur erſten Abtheilung bemerkt habe. Im Allgemeinen habe ich mich nicht veranlaßt gefunden, von den in dieſer aufgeſtellten Grundſätzen abzuweichen. In dieſer Beziehung verweiſe ich hinſichtlich einer wichtigen Frage auf den II. Anhang, in welchem ich meine Anſichten über das Rechtsmittel der Appellation noch einmal auseinander geſetzt und gegen mancherlei Mißverſtändniſſe, die ſie zu erfahren hatten, vertheidiget habe. Uebrigens wird mir das Zeugniß nicht vorenthalten werden können, daß es mir auch hier, wie überall, nur um die Sache zu thun war.

München, den 13. März 1855.

Dr. F. Walther.

Inhaltsverzeichniß.

Seite

Vorwort von Dr. C. J. A. Mittermaier I
Vorrede des Verfassers XI

I. Abtheilung: Allgemeiner Theil.

I. Abschnitt: Geschichte.

§. 1. 1. Kapitel: Das römische Recht: 1
§. 2. 2. Kapitel: Das deutsche Recht:
Zulässigkeit der Urtheilsanfechtung in Strafsachen nach altdeutschem Rechte 6
§. 3. Von der Natur der Urtheilsscheltung 9
§. 4. Fortsetzung 11
§. 5. Das Verfahren bei der Urtheilsscheltung
a) vorkarolingische Zeit 17
§. 6. b) spätere Zeit (Oberhöfe.) 21
§. 7. Eindringen des römischen Rechts 27
§. 8. Fortsetzung 30
§. 9. Schluß. Die Urtheilsanfechtung zur Zeit der Carolina . 32
§. 10. Anhang. Das kanonische Recht und die italienischen Juristen 35
3. Kapitel: Die gemeinrechtliche deutsche Doktrin und die Gesetzgebung von Karpzow bis auf die neuere Zeit.
§. 11. Karpzow 38
§. 12. Von Karpzow bis auf die neuere Zeit 43
4. Kapitel: Das französische Recht.
§. 13. Einleitung 46
§. 14. Das faussement 49
§. 15. Die demande en amendement du jugement 51
§. 16. Entwickelung der Appellation im 14. und 15. Jahrhundert . 54
§. 17. Fortsetzung: bis zur Ordonnance criminelle vom Jahre 1670 57
§. 18. Von der Ordonnance criminelle bis zur Revolutionszeit . 61
§. 19. Anhang: Das geltende englische und französische Recht und die neuere deutsche Gesetzgebung 64

II Abschnitt: Dogmatischer Theil.

1. Kapitel: Allgemeines.
§. 20. Begründung der Anfechtbarkeit strafgerichtlicher Handlungen . 68

Seite

§. 21. Fortsetzung 71
§. 22. Schluß 74
§. 23. Ueber das Prinzip für die Entscheidung der Thatfrage . . . 77
§. 24. Fortsetzung 83
§. 25. Schluß 88

2. Kapitel: Von den Voraussetzungen der Urtheils-Anfechtung.

§. 26. I. Allgemeine Voraussetzungen 92
§. 27. II. Von den Voraussetzungen für die Anfechtung der einzelnen Bestandtheile des Urtheils 98
§. 28. Fortsetzung 102
§. 29. In wieferne ist das Verdikt anfechtbar? 104
§. 30. Fortsetzung: Ist die Entscheidung der Thatfrage anfechtbar? 1) bei einem mündlichen Verfahren 114
§. 31. 2) bei einem schriftlichen Verfahren 121
§. 32. Fortsetzung: Widerlegung von Irrthümern 125
§. 33. Fortsetzung 127
§. 34. Fortsetzung: Die Entscheidungsgründe 131
§. 35. Fortsetzung 135
§. 36. Anhang. Von der Unanfechtbarkeit des Verdikts . . . 139

3. Kapitel: Resultate.

§. 37. I. Für die Lehre von den Rechtsmitteln 146
§. 38. II. Für die Gerichtsverfassung 151
§. 39. Fortsetzung 155
§. 40. Fortsetzung. Schluß 163

II. Abtheilung: Spezieller Theil: Die einzelnen Rechtsmittel.

§. 41. Zur Eintheilung 1

I. Abschnitt: Die Rechtsmittel im ordentlichen Verfahren.

1. Kapitel: Die Nichtigkeitsbeschwerde.

§. 42. Vorbemerkung 6
§. 43. A. Grund der Nichtigkeitsbeschwerde. Im Allgemeinen 8
§. 44. I. Fehler bei der Urtheilsfindung (error in judicando). 1) Die unrichtige juristische Qualifikation 12
§. 45. Fortsetzung 21
§. 46. Fortsetzung 31
§. 47. Fortsetzung: in den korrektionellen Strafsachen 47
§. 48. 2) Unrichtigkeit im Ausspruche über die Straffrage . . . 40
§. 49. II. Fehler gegen prozessualische Vorschriften. 1. Historische Vorbemerkung 43

		Seite
§. 50.	Fortsetzung: Das französische Recht	47
§. 51.	Schluß: Die neuere deutsche Gesetzgebung	51
§. 52.	2. Vom legislativen Standpunkte.	
	a) Im Allgemeinen	56
§. 53.	Fortsetzung	62
§. 54.	b) Die gesetzlich auszuzeichnenden Fälle	68
§. 55.	B. Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde	73
§. 56.	Fortsetzung. (Das von der Strafe freisprechende Erkenntniß.)	75
§. 57.	Fortsetzung. (Das von der Anklage freisprechende Erkenntniß)	80
§. 58.	Fortsetzung	84
§. 59.	Fortsetzung	85
§. 60.	Fortsetzung	88
§. 61.	C. Wem steht die Nichtigkeitsbeschwerde zu?	91
§. 62.	D. Anmeldung, Begründung und Verhandlung der Nichtigkeitsbeschwerde.	
	I. Anmeldung und Begründung	97
§. 63.	II. Von den Fristen für die Nichtigkeitsbeschwerde	100
§. 64.	III. Verhandlung der Nichtigkeitsbeschwerde	104
§. 65.	E. Von der Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde	101
	2. Kapitel: Die Revision.	
§. 66	A. Von der Nothwendigkeit und dem Begriffe der Revision	118
§. 67.	B. Von dem Grunde der Revision.	
	a) im Allgemeinen	122
§. 68.	Fortsetzung	125
§. 69.	b) Die einzelnen Gründe.	
	I. Mangel am Thatbestande	134
§. 70.	Fortsetzung	138
§. 71.	II. Falsches Beweismittel	141
§. 72.	III. Bestochener Richter	147
§. 73.	c) Das Erforderniß der Neuheit des Grundes.	
	I. Begriff des Novum	155
§. 74.	II. Kontrolle der Neuheit	158
§. 75.	C. Von dem Gegenstande der Revision	
	I. Kann bloß ein Endurtheil mit der Revision angefochten werden?	161
§. 76.	II. Kann bloß ein verurtheilendes Erkenntniß mit der Revision angefochten werden?	
	1) Kann ein freisprechendes Erkenntniß mit der Revision angefochten werden	165
§. 77.	Fortsetzung	171
§. 78.	Fortsetzung	173
§. 79.	Fortsetzung	178
§. 80.	Schluß	179

Seite

§. 81. 2) und 3) Kann ein verurtheilendes Erkenntniß zur Herbeiführung eines härteren oder milderen Strafurtheiles mit der Revision angefochten werden? 181

§. 82. D. Von dem Verfahren und von der Entscheidung bei der Revision 184

II. Abschnitt: Rechtsmittel im Kontumazialprozesse.

1. Kapitel: Historische Einleitung.

§. 83. I. Römisches Recht 190

§. 84. Fortsetzung: Die Kaiserzeit 192

§. 85. II. Deutsches Recht 196

§. 86. Fortsetzung: die Bambergensis und die Carolina . . . 200

§. 87. III. Die gemeinrechtliche Praxis 203

§. 88. IV. Die deutsche Gesetzgebung vor dem Jahre 1848 207

§. 89. V. Englisches Recht 208

2. Kapitel: Der jetzige Rechtszustand:

§. 90. I Darstellung des geltenden französischen Rechts und der neueren deutschen Gesetzgebung

1) das französische Recht 210

§. 91. 2) Die deutsche Gesetzgebung 214

§. 92. II. Die Kritik und das Richtige 220

§. 93. Fortsetzung 224

§. 94. Schluß 227

§. 95. III. Abschnitt: Anfechtung gerichtlicher Handlungen vor dem Endurtheil 235

§. 96. Fortsetzung 244

I. Anhang: Die Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes . . 250

II. Anhang: Die Appellation 254

II. Abtheilung.

Spezieller Theil: Die einzelnen Rechtsmittel.

§. 41.

Zur Eintheilung.

Der letzte Zweck einer jeden Urtheilsanfechtung ist, wie wir gesehen haben[1]), der, eine Aenderung des Urtheils zu bewirken.

Ebenso haben wir gesehen, daß der Grund der Urtheils-Anfechtung ein doppelter sein könne, nämlich entweder ein Fehler, wodurch das Urtheil unmittelbar oder mittelbar einen für den Beschwerdeführer nachtheiligen Inhalt bekommen hat, oder aber ein novum, vermöge dessen der Inhalt des Urtheils dem Gesetze gemäßig eine Aenderung erleiden muß[2]).

Aus dieser Verschiedenheit des Grundes ergaben sich sodann die beiden Rechtsmittel: Nichtigkeitsbeschwerde und Gesuch um Wiederaufnahme des Strafverfahrens, Revision oder Restitution.

Wir haben endlich gezeigt, daß diese beiden Rechtsmittel die einzig möglichen seien, wenn man von der Voraussetzung der Verwerflichkeit einer positiven bindenden Beweis-Theorie ausgeht und demgemäß für das Strafurtheil die subjektive Ueberzeugung des Richters verlangt[3]).

Da nun aber durch die bemerkte Verschiedenheit des Grundes der Urtheilsanfechtung noch weitere wesentliche Verschiedenheiten wischen beiden Rechtsmitteln bedingt werden, insbesondere bezüg-

---

1) I. Abtheilung §. 26.

2) I. Abtheilung §. 27 und 37.

3) Genau betrachtet läßt sich dies selbst ohne jene Voraussetzung behaupten. Denn durch die bindenden gesetzlichen Beweisregeln wird, wie wir in §. 23 gezeigt haben, die Thatfrage oder Beweisfrage in eine Rechtsfrage verwandelt, und es ist nicht einzusehen, warum gegen diese Rechtsfrage-Entscheidung ein anderes Rechtsmittel aufgestellt werden solle, als für die übrigen Rechtsfragen-Entscheidungen. Wozu für eine und dieselbe Sache verschiedene Namen? Für die Geltendmachung von neuen Thatsachen und Beweismitteln ist die Revision da.

lich des Richters, vor welchem und des Verfahrens, nach welchem ein jedes derselben zu verhandeln ist, — so leuchtet wohl von selbst ein, daß jedes der beiden Rechtsmittel einer besonderen Betrachtung bedarf, die ja schon durch die angegebene wesentliche Verschiedenheit des Grundes geboten erscheint.

In der vorliegenden zweiten Abtheilung ist daher in 2 besonderen Kapiteln von dem Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde, und von dem Rechtsmittel des Gesuches um Wiederaufnahme des Strafverfahrens oder der Revision zu handeln.

Bevor wir aber zur besonderen Betrachtung der beiden Rechtsmittel übergehen, scheint es nothwendig zu sein, zwei Bemerkungen über die Bedeutung und Geltung der folgenden Erörterungen vorauszuschicken.

Dieselbe hat erstens zunächst zwar überall die Anfechtung eines von einem Schwurgerichte gefällten Urtheiles vor Augen. Nichts destoweniger muß das Folgende der Hauptsache nach auch für die Anfechtung bezirksgerichtlicher[1]) Urtheile gelten, indem ja, wie gezeigt, der rechtsgelehrte Richterbeamte, wenn er angewiesen ist, das Urtheil auf seine subjektive Ueberzeugung zu bauen, als Geschworner urtheilt[2]). Die Abweichungen, die sich hiebei aus der Verschiedenheit der Gerichtseinrichtung ergeben, sollen theils besonders hervorgehoben werden, theils mögen sie als solche, die sich von selbst verstehen, ganz mit Stillschweigen übergangen werden.

Dagegen ist für's zweite zu bemerken, daß die folgende Darstellung überall ein auf das Prinzip der Mündlichkeit gebautes Verfahren zur Voraussetzung hat. Es wurde zwar oben gezeigt, daß es auch in einem schriftlichen Verfahren nur die beiden genannten Rechtsmittel gebe[3]). Allein das Verfahren bei der Verhandlung der Anfechtung, sowie noch manches Andere wird doch ver-

---

1) Der Kürze wegen werden wir uns immer dieses Ausdruckes für die Entscheidungen eines Collegiums rechtsgelehrter Richterbeamten (Zuchtpolizeigerichte, tribunaux de la police correctionelle) bedienen.

2) Wir werden darauf zurückkommen, daß der Unterschied zwischen Geschwornen und rechtsgelehrten Richterbeamten hinsichtlich der Verpflichtung zur Abgabe von Entscheidungsgründen in der Natur der Sache nicht begründet, sondern ganz willkührlich und verwerflich ist.

3) §. 30.

schieden sein müssen, je nach dem die Begründung der Anfechtung (novum oder Fehler) an das Protokoll gebunden ist oder nicht. Auf diese Verschiedenheiten, sowie überhaupt auf das schriftliche Verfahren wird in dem Folgenden gar keine Rücksicht genommen werden.

Mit den beiden oben bezeichneten Kapiteln (Nichtigkeitsbeschwerde und Revision) ist aber unser Thema nicht erschöpft, die Nichtigkeitsbeschwerde und die Revision sind nur die Rechtsmittel zur Anfechtung der gegen einen Anwesenden (Nichtkontumax) gefällten Urtheile[1]). Wir haben uns aber vorgesetzt, auch den Fall des Ungehorsams des Beschuldigten in Betracht zu ziehen und zu untersuchen, in wiefern hier eine Urtheilsanfechtung vorkommen könne.

Wenn es nun üblich ist, das Verfahren gegen den anwesenden Beschuldigten das ordentliche und das gegen den abwesenden ein außerordentliches zu nennen, und wir uns dieser Terminologie anschließen, so zerfällt die vorliegende zweite Abtheilung in die beiden Abschnitte: Rechtsmittel im ordentlichen Verfahren und Rechtsmittel im außerordentlichen Verfahren[2]).

An diese beiden Abschnitte reiht sich sodann ein dritter an, in welchem einige Bemerkungen über die Anfechtung gerichtlicher Handlungen vor dem Endurtheile ihren Platz finden werden.

Alle übrigen in den folgenden Erörterungen vorkommenden Abtheilungen werden sich im Laufe der Erörterungen von selbst ergeben. Das eben Bemerkte wird zur vorläufigen Orientirung genügen. Unsere Eintheilung scheint aus der Natur der Sache selbst hervorgegangen. Der Suspensiveffekt und der Devolutiveffekt schienen uns kein passender Eintheilungsgrund zu sein. Ob ein Rechtsmittel den Suspensiv- und den Devolutiveffekt habe, muß sich erst aus der Betrachtung seiner Natur ergeben; es kann dies nicht von vorneherein behauptet werden. Uebrigens würden uns diese Eintheilungsgründe fast zu denselben Abschnitten geführt haben.

1) Ob und in wie weit diese beiden Rechtsmittel auch gegen Kontumacialurtheile statthaft sind, wird unten am gehörigen Orte besprochen werden.

2) Die Unterscheidung der Rechtsmittel in ordentliche und außerordentliche lassen wir als praktisch bedeutungslos ganz fallen. Mit dem Aufgeben der Berufung wird es völlig sinnlos, die Nichtigkeitsbeschwerde als ein außerordentliches Rechtsmittel zu bezeichnen, wie dies von den Franzosen geschieht. So z. B. P. Bonnin „Comment. du code d'instr. crim. Paris 1845 p. 382“ Rogron „les codes francais expliqués“ II. p. 357. —

Anhangsweise werden wir von jener Urtheilsanfechtung handeln, welche nicht den Zweck einer Urtheilsänderung hat, und die im französischen Rechte unter dem Namen demande en nullité dans l' interêt du lois, im neueren deutschen „Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes" bekannt ist; — anhangsweise deßhalb, weil sie nach dem, was darüber in der I. Abtheilung [1]) bemerkt wurde, kein Rechtsmittel im eigentlichen Sinne des Wortes ist und also außerhalb des Systemes der Rechtsmittel liegt.

Völlig ausgeschlossen aus unseren Erörterungen haben wir die mit unserem Gegenstande allerdings in gewissen Beziehungen verwandte — Begnadigung; völlig ausgeschlossen deßhalb, weil diese Verwandtschaft hauptsächlich nur darin besteht, daß durch die Begnadigung ebenso, wie möglicherweise durch die Einlegung eines Rechtsmittels die Vollstreckung eines Strafurtheiles verhindert wird, — mithin diese Verwandtschaft keine innere, sondern eine bloß äußerliche ist [2]).

Demnach ergeben sich für die folgende Darstellung folgende Abtheilungen:

I. Abschnitt: Rechtsmittel im ordentlichen Verfahren.
   1. Kapitel: Die Nichtigkeitsbeschwerde
   2. Kapitel: die Revision oder das Gesuch um Wiederaufnahme des Strafverfahrens.

II. Abschnitt: Rechtsmittel im außerordentlichen Verfahren.

III. Abschnitt: Anfechtung gerichtlicher Handlungen vor dem Endurtheile.

Anhang: Beschwerde zur Wahrung (oder im Interesse) des Gesetzes. —

Von einem weiteren besonderen, selbstständigen Rechtsmittel unter dem Namen „Berufung" kann in dem Folgenden nach dem, was in der ersten Abtheilung in den §§. 30—36 ausgeführt worden, natürlich nicht mehr die Rede sein. Dagegen scheint es nicht überflüssig zu sein, hier darauf hinzuweisen, wie dies bereits in der ersten Abtheilung §. 37. S. 149 und §. 40 S. 167 geschehen ist, daß der-

1) §. 26. S. 94.

2) Siehe über die Begnadigung jetzt C. R. Köstlin „System des deutschen Strafrechts" Tüb. 1854 §. 143—148.

jenige Spielraum, den im franzöſiſchen Rechte und in den meiſten neueren deutſchen Geſetzgebungen die Appellation einnimmt, großentheils, größtentheils von den beiden Rechtsmitteln Nichtigkeitsbeſchwerde und Reviſion eingenommen würde, falls unſere Vorſchläge Geltung erhielten, die jedoch keine andere poſitive Neuerung enthalten, als die allgemein als ein dringendes Bedürfniß anerkannte Erweiterung der Zuläſſigkeit des Rechtsmittels der Reviſion. Alle übrigen (poſitiven) Aenderungen, die mit der Abſchaffung der Berufung (als eines eigenen, ſelbſtſtändigen Rechtsmittels) verbunden wären, beſtehen in nichts Anderem, als Vereinfachung des Prozeßrechts durch legislative Gleichſtellung des ſeiner Natur nach Gleichartigen.

Die bezirksgerichtlichen Urtheile ſollen durch die Abſchaffung der Berufung keineswegs für unanfechtbar erklärt, ſondern ſie ſollen hinſichtlich ihrer Anfechtbarkeit nur mit den ſchwurgerichtlichen gleichgeſtellt werden. Inſoferne ſie alſo wegen juriſtiſcher Fehler dermalen noch mit der Berufung angefochten werden, würden ſie nach unſeren Vorſchlägen mit der Nichtigkeitsbeſchwerde angefochten werden können.

Würde hienach die Berufung überflüſſig, inſoweit ſie zur Anfechtung bezirksgerichtlicher Urtheile wegen juriſtiſcher Fehler dient, ſo würde ſie andererſeits durch eine entſprechende Erweiterung des Rechtsmittels der Reviſion auch in dem Maaße überflüßig, als mit dieſem Rechtsmittel eine unrichtige Entſcheidung der Thatfrage angefochten werden könnte, — ſo daß von ihrem jetzigen Gebiete nur noch der Theil bliebe, auf welchem nach den Ausführungen in unſerer erſten Abtheilung eine Urtheilsanfechtung eben unſtatthaft iſt.

I. Abſchnitt.
Die Rechtsmittel im ordentlichen Verfahren.

1. Kapitel.
Die Nichtigkeitsbeſchwerde.
§. 42.

Vorbemerkung.

Die Anfechtung eines richterlichen Urtheils gleicht in mehrfacher Beziehung einer civilrechtlichen Klage. Wie z. B. auf dieſe verzichtet werden kann, ſo auch auf ein Rechtsmittel; wie jene nur innerhalb einer beſtimmten Friſt geltend gemacht werden kann, ſo auch — freilich innerhalb viel kürzerer Friſt — dieſes. Wie bei der Klage die Frage entſteht, in welcher Weiſe auf dieſelbe hin weiter zu verfahren ſei, ebenſo bei dem Rechtsmittel. Nicht minder iſt aber bei dieſem, wie bei jener, die Hauptfrage die, unter welchen Vorausſetzungen ſie geltend gemacht werden können und was zu ihrer Subſtanziirung gehöre. Die Beantwortung dieſer Frage wird daher auch wie in dieſem, ſo in den nachfolgenden Kapiteln den Hauptinhalt ausmachen, zu dem die Erörterungen über die Friſten, über die Verhandlung der Beſchwerden, über die Frage, inwieferne ſie den Betheiligten oder deren Vertretern zuſtehen oder nicht, ja ſogar die Erörterung der Frage, welche Entſcheidungen auf die Beſchwerden zu erlaſſen ſeien, — in dem Verhältniſſe von Nebenſachen erſcheinen müſſen.

Die Frage nach den Vorausſetzungen eines Rechtsmittels, hier der Nichtigkeitsbeſchwerde, enthält aber genau betrachtet, das doppelte: erſtens, aus welchen Gründen die Beſchwerde erhoben werden könne und zweitens, gegen welche Urtheile ſie zuläßig ſei. Was das Letztere betrifft, ſo ſind nämlich in unſeren Rechten, wie bekannt, nicht alle Arten von Urtheilen mit der Nichtigkeitsbeſchwerde anfechtbar. Die Freiſprechungen von der Anklage (acquittements) können von der Staatsbehörde in der Regel nicht angefochten werden. Wir werden die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit dieſer Einrichtung zu unterſuchen haben. Was ferner die Frage betrifft, inwieweit eine

Freisprechung von der Strafe (absolution) mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden könne, so sollen die hierauf bezüglichen Beschränkungen im französischen und neueren deutschen Rechte ebenfalls einer näheren Beleuchtung unterworfen werden. Obwohl diese Beschränkungen mit der Frage zusammenhängen, wer die Nichtigkeitsbeschwerde nach Verschiedenheit der Fälle erheben könne, so schien es doch zweckmäßiger, dieselben schon unter lit. B. „von dem Gegenstande der Nichtigkeitsbeschwerde" zu erörtern. Wir werden uns dann bei der Frage, wem das Rechtsmittel zustehe, um so kürzer fassen können.

Aus dem Bemerkten ergeben sich also für das Folgende 5 Unterabtheilungen:

A. Von dem Grunde der Nichtigkeitsbeschwerde,
B. Von dem Gegenstande der Nichtigkeitsbeschwerde,
C. Wem steht die Nichtigkeitsbeschwerde zu?
D. Von der Erhebung und Verhandlung der Nichtigkeitsbeschwerde und
E. Von der Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde.

Die beiden ersten Abschnitte mit dem dritten, welche, wie bemerkt, den wichtigsten Theil dieses Kapitels bilden, könnten auch unter der Einen gemeinschaftlichen Ueberschrift:

„Von der Zuläßigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde"

zusammengefaßt werden, — indem überall, wo eine erhobene Nichtigkeitsbeschwerde an einem der in diesen Abschnitten anzugebenden Erfordernisse, es sei nun in Bezug auf den Grund oder den Gegenstand der Beschwerde oder auf die Person des Beschwerdeführers, mangelhaft erscheint, — die Beschwerde sofort als formell unzuläßig zurückgewiesen werden muß, ohne daß eine Prüfung darüber angestellt zu werden braucht, ob dieselbe materiell begründet d. h. ob der behauptete Nichtigkeitsgrund in concreto wirklich vorhanden sei. Indessen wäre mit dieser Ueberschrift nichts gewonnen, und es versteht sich die Zurückweisung einer solchen mangelhaften Beschwerde von selbst.

Inwiefern die Frage der Zuläßigkeit der Beschwerde etwa Einfluß auf die Verhandlung derselben zu äußern vermöge, soll dann unter lit. D. erörtert werden. Auf diesen Abschnitt haben wir von unserem Standpunkte aus das mindeste Gewicht zu legen, indem hier begreiflicher Weise eine Betrachtung der Natur der Sache nicht

zu besonders wichtigen, wenigstens nicht zu bedeutend von den bestehenden Einrichtungen abweichenden Resultaten führen kann.

Wichtiger wird aber endlich wieder der letzte Abschnitt unter lit. E. sein, und wir werden hier in einer bedeutenden Frage auf das zurückkommen müssen, was wir bereits in der ersten Abtheilung §§. 38 und 39 besprochen haben. Vorläufig sei die Bemerkung erlaubt, daß uns die Freude zu Theil geworden, zu sehen, daß die neuesten legislativen Produkte auf unserem Gebiete, so namentlich das Zürcher Gesetz von 1853, Bestimmungen enthalten, welche mit den von uns dort aufgestellten Ansichten übereinstimmen[1]).

Wir können an die Spitze dieser Erörterungen keine Definition von der Nichtigkeitsbeschwerde stellen, und zwar nicht so fast deßhalb, weil „omnis definitio in jure periculosa," als vielmehr aus dem Grunde, weil es die Aufgabe und der Zweck der folgenden Erörterungen ist, diese Definition (oder ihren Inhalt) erst zu suchen. —

§. 43.

A. Grund der Nichtigkeitsbeschwerde.

Im Allgemeinen.

Der Grund (moyen, ouverture) zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde läßt sich nach Obigem im Allgemeinen als Verstoß gegen eine Norm des in Anwendung zu bringenden Strafrechtes oder Strafproceßrechtes, als juristischen Fehler, (Fehler bei der Rechts-Anwendung), — error oder vitium in jure seitens eines Gerichtes bezeichnen. Jede andere Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde ist mithin von vorneherein ausgeschlossen.

In diesem Grunde liegt zugleich, wie wir in der I. Abtheilung[1]) gesehen haben, das Charakteristische der Nichtigkeitsbeschwerde, wodurch sie sich nicht nur von allen übrigen Rechtsmitteln unterscheidet, sondern auch, wie wir unten sehen werden, ihre ganze Behandlung bedingt ist.

Auch geschichtlich bildet der Fehler in der Rechtsanwendung als specifischer Grund der Nichtigkeitsbeschwerde von jeher und überall, wo sie vorkommt, jedoch freilich in verschiedenem Maaße ihrer Ausdehnung, das charakteristische und Hauptmerkmal derselben. So

1) §. 37 S. 148, 149.

was vorerſt das frühere Recht in Deutſchland betrifft, ſchon in der Kammer-Gerichtsordnung von 1555, ſodann bei den italieniſchen Juriſten[1]) und bei den älteren deutſchen gemeinrechtlichen Schriftſtellern[2]). Ebenſo in den Partikulargeſetzgebungen des vorigen und vom Anfange dieſes Jahrhunderts. Nicht minder endlich in jenen deutſchen Partikulargeſetzgebungen (der württembergiſchen vom 22. Juni 1843 Art. 404 ff. und der badiſchen vom 6. März 1845 §. 294), welche den Wendepunkt im deutſchen Strafverfahren legislativ anzeigten und gleichſam die Vorläufer der im Jahre 1848 erfolgten Aenderungen in unſerer Geſetzgebung bildeten. Bei aller Verſchiedenheit des Umfangs, innerhalb deſſen die Nichtigkeitsbeſchwerde (querela nullitatis) in dieſen Rechtsgeſtaltungen zuläßig erſcheint, ſtimmen dieſe letzteren doch alle darin überein, daß als Grund, weßwegen die Nichtigkeitsbeſchwerde erhoben werden könne, immer juriſtiſche Fehler aufgeführt werden, niemals unrichtige Entſcheidung der Thatfrage[3]).

Was ſodann das neuere Recht betrifft, ſo haben ſich ſämmtliche Geſetzgebungen in der fraglichen Beziehung dem franzöſiſchen Rechte, in welchem die Nichtigkeitsbeſchwerde keinen anderen, als den oben bezeichneten Grund kennt, vollſtändig angeſchloſſen.

Vergl. C. J. Art. 407—442 mit dem Preuß. Geſetz v. 3. Mai 1852 Art. 106—111;

Bayer. Geſ. v. 10. Nov. 1848. Art. 230 ff.

Württemb. Str. P.-O. v. 14. Aug. 1849 Art. 200.

Bad. Geſ. v. 5. Februar 1851 §. 115.

Hann. St. P.-O. §. 215.

Braunſchweig. St. P.-O. v. 22. Aug. 1849 §. 156 u. 157.

Naſſauiſches Geſ. v. 14. Apr. 1849 §. 254.

Thüring. St. P.-O. vom 20. März 1850 Art. 306, 307 ff.

Zürcher Geſ. v. 1853 §. 164—170.

---

1) Vergl. Julius Clarus qu. 94 nro. 10. und dazu die Noten des Bojardus.

2) S. J. S. Fr. Böhmer Meditat. in C. C. C. art. 219 §. 8; Ant. Matthaei „Comment. ad lib. XLVII. und XLVIII. Dig. de criminibus“ ed. 4. Vesal. 1702. pag. 743.

3) Vergl. auch noch Mittermaier „das deutſche Strafverf.“ 4. Aufl. 1846 §. 204, und Heffter Lehrbuch d. g. d. Strafr. 5. Aufl. 1854. S. 551.

Ganz eigenthümlich und abweichend von allen[1]) übrigen deutſchen Geſetzgebungen hat das Kurheſſiſche Geſ. v. 31. Oktober 1848 (§. 352 ff.) gar kein Rechtsmittel aufgenommen, welches den Namen „Nichtigkeitsbeſchwerde" trägt. Dasſelbe führt (§. 344) folgende Rechtsmittel auf: 1) Berufung, 2) Einſprache gegen im Ungehorſame des Angeklagten ertheilte Erkenntniſſe, 3) Reſtitution gegen verſäumte Friſten und Termine, 4) Wiederaufnahme des Verfahrens, und 5) einfache Beſchwerde. Das Gebiet, welches im franzöſiſchen Rechte der Nichtigkeitsbeſchwerde angewieſen iſt, liegt hier innerhalb des Gebietes der Berufung, welche im Allgemeinen (§. 362) ebenſowohl wegen Hintanſetzung von Proceßvorſchriften, als auch wegen unrichtiger Beurtheilung des Beweisergebniſſes und wegen irriger Anwendung des Strafgeſetzes, gegen ein ſchwurgerichtliches Urtheil aber (§. 355) nur dann ſtatthaft iſt, wenn ſie auf eine Nichtigkeit gegründet iſt, „inſoweit nicht lediglich die Anwendung des beſtehenden Rechtes auf den Wahrſpruch der Geſchwornen zum Gegenſtande der Beſchwerde gemacht wird;" und eine „Nichtigkeit iſt alsdann vorhanden, wenn eine Vorſchrift über Zuſammenſetzung und Zuſtändigkeit der Gerichte oder eine andere weſentliche Beſtimmung, welche das Strafverfahren betrifft, verletzt iſt." Demnach reducirt ſich die vom kurheſſiſchen Geſetzgeber beliebte Neuerung auf eine bloße Abweichung von der herrſchenden Terminologie, welche aber keineswegs als eine glückliche angeſehen werden kann, indem ſie ſicherlich ſehr viel zu der verworrenen Redaktion des 6. Theiles dieſes Geſetzes („von den Rechtsmitteln") beigetragen hat. Das ſog. „proviſoriſche Geſetz" vom 22. Juli 1851 hat zwar in §. 48 eine Nichtigkeitsbeſchwerde eingeführt, allein dieſelbe findet nur ſtatt „gegen Erkenntniſſe der Obergerichte in zweiter Inſtanz auf erhobene Beſchwerden gegen kriminalgerichtliche Entſcheidungen." —

Es giebt nun aber, wie ſchon angedeutet und wie auch die franzöſiſche und die neueren deutſchen Strafprozeß-Ordnungen erken-

1) Abgeſehen von der neuen öſterreichiſchen St. P. O. v. 29. Juli 1853, welche auch keine „Nichtigkeitsbeſchwerde" kennt. Vgl. über das Rechtsmittel der Berufung in dieſer St. P. O. A. v. Hye-Glunek „die leitenden Grundſätze der öſterreichiſchen Strafproceßordnung" v. 29. Juli 1853. Wien 1854. S. 237 ff. u. S. 330 ff.

nen lassen, zwei wohl von einander zu unterscheidende Arten von juristischen Fehlern, die in einem Strafverfahren vorkommen können. Der fragliche Unterschied bezieht sich jedoch nicht auf die innere Natur des Fehlers, sondern auf sein Objekt, auf die rechtliche Satzung, gegen welche gefehlt wird; er bezieht sich auf die Unterscheidung zwischen dem sog. materiellen Strafrecht und dem Strafprozeßrecht, dies aber im weiteren Sinne genommen, wonach auch die Lehre vom Strafgerichte darin begriffen ist.

Die Verletzung einer Bestimmung des Ersteren tritt in unseren Gesetzgebungen gewöhnlich unter dem Terminus: Falsche, unrichtige oder irrige Anwendung des Gesetzes auf[1]), im Preußischen Gesetz v. 3. Mai 1852 „Verletzung oder unrichtige Anwendung eines Gesetzes oder eines Rechtsgrundsatzes," in der Braunschweigischen Strafprozeßordnung §. 158 „Verletzung eines Strafgesetzes bei der Urtheilsfällung," in dem Zürcher Gesetz v. 1853 §. 164 „falsche Anwendung des materiellen Strafgesetzes" ꝛc. ꝛc.

Wenn wir uns des Ausdruckes „Fehler bei der Urtheilsfindung" (error in judicando im Gegensatz zum error in procedendo) bedienen, so glauben wir, daß sich diese Bezeichnung nicht nur durch ihre Bündigkeit und Kürze empfehle, sondern daß sie der Natur der Sache am Meisten entspreche, insbesondere dem Umfange, innerhalb dessen wir die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Gesammturtheil direkt und unmittelbar zulassen müssen. Diese Bezeichnung paßt nämlich auch auf die rechtliche Qualifikation der Thatsachen und auf die unmittelbare Beschwerde gegen diesen Bestandtheil des Urtheils[2]). Daß dagegen nicht jeder Fehler in der Urtheilsfindung (insbesondere nicht eine reell unrichtige Entscheidung der Thatfrage[3]) die Nichtigkeitsbeschwerde begründe, kann der Angemessenheit des Ausdruckes offenbar nicht schaden.

Was sodann die Verletzung einer Bestimmung des Strafprozeßrechts betrifft, so scheint sich der von uns hiefür gewählte Ausdruck „Fehler gegen processualische Vorschriften" auch wieder ebenso durch

1) Das bayerische Gesetz v. 10. November 1848 Art. 230 Nro. III. drückt sich so aus: „wenn von dem Schwurgerichtshofe das Gesetz unrichtig auf die durch den Wahrspruch der Geschwornen festgestellten Thatsachen angewendet worden ist."

2) S. oben I. Abth. §. 29.

3) S. oben I. Abth. §. 30 ff.

Kürze, wie durch Umfassungsfähigkeit zu empfehlen. In unseren Gesetzgebungen erscheint dieser juristische Fehler meist unter dem Namen „Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten des Verfahrens oder Proceßformen ꝛc. ꝛc., welcher Ausdruck — auch abgesehen von seinen sonstigen, unten zu besprechenden Inkonvenienzen — offenbar zu enge ist, wenn nicht die Verletzung einer Bestimmung über die Zusammensetzung und Kompetenz der Gerichte noch nebenher besonders als Nichtigkeitsgrund aufgeführt wird [1]).

Unter den angegebenen Titeln werden wir also in dem Folgenden zu erörtern haben', in wieferne jede dieser Hauptarten von juristischen Fehlern als Grund der Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht werden könne, und uns bei dieser Untersuchung, wie überall, lediglich an die Natur der Sache halten.

Die Kritik der desfallsigen Bestimmungen unserer neueren Gesetzgebungen, wie des französischen Rechts wird sich hieraus von selbst ergeben.

Wir handeln zuvor von den (juristischen) Fehlern bei der Urtheilsfindung, sodann von den Fehlern gegen processualische Vorschriften.

§. 44.

II. Fehler bei der Urtheilsfindung (error in judicando.)

1. Die unrichtige juristische Qualifikation.

Das Gesammturtheil enthält zwei rein juristische Entscheidungen: die rechtliche Qualifikation der Handlung oder die Subsumtion der konkreten Thatsachen unter den gesetzlichen Verbrechensbegriff und den Ausspruch, ob und welche Strafe der Ange-

1) Das Preuß. Ges. vom 3. Mai 1852 drückt sich Art. 107 so aus: „Verletzung oder unrichtige Anwendung wesentlicher Vorschriften oder Grundsätze des Verfahrens" und führt in Art. 108 beispielsweise unter anderen solchen Verletzungen auch die Verletzung von gesetzlichen Bestimmungen über die Competenz und über die nothwendige Zahl von Richtern auf. Aehnlich das bayerische Recht. Die Braunschweigische Strafproceßordnung dagegen setzt diese Verletzungen als besondere Nichtigkeitsgründe neben die Verletzungen „wesentlicher Vorschriften über das Verfahren." Das Zürcher Ges. schweigt von den Bestimmungen über die Zusammensetzung und Kompetenz der Gerichte ganz, obwohl es nur von einer Kassation „wegen Verletzung gesetzlicher Proceßformen" spricht.

klagte zu erleiden habe[1]) Wir glauben, nach dieſen beiden Beſtandtheilen des Urtheiles unterſcheiden und unterſuchen zu müſſen, inwieferne bei einem jeden derſelben ein Fehler begangen und auf denſelben eine Urtheilsanfechtung gegründet werden könne.

Was erſtens die rechtliche Qualifikation betrifft, ſo wurde bereits in der I. Abtheilung im Allgemeinen bemerkt, daß eine irrthümliche rechtliche Qualifikation der Handlung, ſie möge nun in einem Wahrſpruche der jury oder in dem Urtheile eines rechtsgelehrten Richterkollegiums enthalten ſein, anfechtbar und zwar durch die Nichtigkeitsbeſchwerde anfechtbar ſei. Wir wollen hier nur noch daran erinnern, daß die Anfechtbarkeit einer im Wahrſpruche enthaltenen unrichtigen Qualifikation überall vorausſetze, daß im Wahrſpruche reſp. in der beantworteten Frage auſſer der Qualifikation auch die qualifizirten Thatſachen angeführt ſeien.

Dieſer Fehler in der Urtheilsfindung iſt auch, was

I. die Urtheile in korrektionellen Straffachen (zuchtpolizeiliche oder bezirksgerichtliche Urtheile) betrifft, ſowohl im franzöſiſchen Rechte, als in der neueren deutſchen Geſetzgebung allenthalben als Grund zur Anfechtung des Urtheils anerkannt. Dieſe Anerkennung iſt zwar in den einſchlägigen geſetzlichen Beſtimmungen nicht expressis verbis enthalten; ſie liegt aber darin, daß bezüglich des Grundes der Appellation in den meiſten Geſetzgebungen gar keine Beſchränkung ſtatuirt worden iſt[2]). Wo hingegen eine ſolche Schranke beſteht, wie z. B. in der Preuß. V.-O. v. 3. Jan. 1849 §. 126 und in dem Preuß. Geſ. v. 3. Mai 1852 Art. 101, — da bezieht dieſe ſich nicht auf den hier in Rede ſtehenden Grund. Es iſt uns auch

1) Es dürfte vielleicht nicht überflüſſig ſein, Obigem die Bemerkung beizufügen, daß dem Ausſpruche des Gerichtshofes, wodurch dem Schuldigen eine beſtimmte Strafe zuerkannt wird, ebenſo die Würdigung von Thatſachen und eine Entſcheidung rein thatſächlicher Fragen (die ſog. Strafausmeſſungs-Gründe z. B. Beſchaffenheit des Leumundes) vorausgehen, wie der (im Wahrſpruche der Geſchwornen enthaltenen) juriſtiſchen Qualifikation der Handlung. Wenigſtens wollen wir Obiges vor dem Mißverſtändniſſe verwahren, als liege darin eine Anerkennung der irrthümlichen Anſicht, daß die Schwurgerichtsorganiſation auf dem Gedanken der vollſtändigen Trennung des Thatſächlichen vom Juriſtiſchen beruhe.

2) C. J. art. 199. Rogron „Cod. expl.“ pag. 135, Morin Dict. s. v. appel. pag. 56. — Bayer. Geſ. v. 10. Nov. 1848 Art. 328, Hannov. St.-P.-Ordnung §. 207.

nicht bekannt, daß in der Praxis irgendwo die fragliche Beſchränkung beſtände. Das Zürcher Geſetz v. 1853 §. 158 enthält ſogar ausdrücklich die Beſtimmung: „Mittels der Berufung können alle Mängel des Verfahrens ſowohl als des Urtheils der erſten Inſtanz gerügt werden.“

Das Anfechtungs- oder Rechtsmittel gegen dieſe Urtheile hat aber faſt überall den Namen Appellation oder Berufung[1]). Nur die Braunſchweigiſche St.-P.-O. v. 22. Auguſt 1849, welche, wie bekannt, das Rechtsmittel der Berufung nicht aufgenommen, gibt zur Anfechtung des Urtheils auf dieſen Grund hin ohne Unterſcheidung zwiſchen korrektionellen und ſchwurgerichtlichen Urtheilen (jedoch nur dem Angeklagten, nicht dem öffentlichen Ankläger) das Rechtsmittel der Richtigkeitsbeſchwerde, indem ſie in §. 158 ganz allgemein (ohne Unterſcheidung zwiſchen den einzelnen (juriſtiſchen) Beſtandtheilen des Urtheils) beſtimmt: „Die Nichtigkeitsbeſchwerde iſt begründet: — — 3) wenn bei der Urtheilsfällung ein Strafgeſetz verletzt worden iſt.“

II. Was dagegen die ſchwurgerichtlichen Strafſachen betrifft, ſo läßt ſich nicht anders erwarten, als daß hier die größte Verſchiedenheit herrſcht, je nach dem die Geſetzgebung den Geſchworenen die rechtliche Qualifikation zuweist oder entzieht. Es wurde bereits in der I. Abtheilung angeführt, daß nicht nur das franzöſiſche Recht (nach der richtigen Auslegung der einſchlägigen Beſtimmungen des code d'instr. crim.), ſondern auch die meiſten neueren deutſchen Geſetzgebungen die rechtliche Qualifikation, abweichend vom engliſchen Rechte, aus dem Verdicte verbannt und in das jugement verwieſen haben. Es war freilich, wie man nachgerade auch in Frankreich einzuſehen beginnt[1]), ein vergebliches Bemühen, das Verdikt von allen juriſtiſchen Ingredienzien zu reinigen und dadurch die dem Inſtitute der jury vermeintlich zu Grunde liegende Idee der vollſtändigen Trennung des Thatſächlichen vom Rechtlichen zu verwirklichen, indem trotz aller Raffinerie und deſtillirender

1) In der württemb. St.-P.-O. v. 1843 Art. 374 heißt es „Rekurs.“ Ebenſo in der badiſchen St.-P.-O. v. 1845 §. 272, vgl. hiemit bad. Geſ. v. 1851 §. 110.

2) Vgl. hierüber Boitard „Leçons sur les Codes pénal et d'instruction crim.“ publ. par G. de Linage 5. ed. Paris 1851 S. 538 ff.

Scheidekunst doch immer noch juristische Infusorien in den Wahrsprüchen herumschwammen.

Allein das läßt sich nicht verkennen, der Hauptsache nach ist man mit diesem Analysiren und Ausscheiden zum erstrebten Ziele gelangt, und es ist in der Hauptsache ganz richtig, von Strafproceß-Ordnungen zu sprechen, welche die rechtliche Qualifikation aus dem Wahrspruche der jury entfernt haben. Wir glauben aber auch unsere Meinung von dem Werthe dieser Analyse schon in der I. Abtheilung so deutlich ausgesprochen zu haben, daß wir uns hier nicht noch einmal in eine Erörterung der Frage einzulassen brauchen, und nur noch den Vergleich beifügen wollen, daß uns ein Zwölfmännergericht, welches bloß die Frage zu beantworten hat, ob der X schuldig sei, dem y einen Schlag auf den Kopf versetzt zu haben, — ebensowenig eine jury zu sein scheint, als dasjenige Rechtsinstitut eine Ewiggilt, bei welchem der Giltberechtigte das Recht der Kapitalsaufkündigung hätte.

Die einzige Gesetzgebung, welche sich von der französischen Kopie weg und zu dem Originale hingewendet hat, ist unseres Wissens die bayerische[1]), indem das Gesetz v. 10. Nov. 1848 im Art. 173 vorschreibt: „Die Hauptfrage wird dahin gerichtet, ob sich der Angeklagte des Verbrechens[2]), welches den Gegenstand der Anklage bildet, schuldig gemacht habe. Hiebei sind alle wesentlichen thatsächlichen Beziehungen, wie solche in der Anklageschrift enthalten sind, oder sich bei der Verhandlung herausgestellt haben, in die Frage mit aufzunehmen."

Fragen wir nun, ob und inwieferne die irrthümliche rechtliche

---

1) Die Fassung des §. 247 des Zürcher Ges. v. 1853 läßt es zweifelhaft, ob die jury auch über die rechtliche Qualifikation der „eingeklagten Handlung" zu entscheiden habe. Auch aus §. 207 läßt sich dies nicht entnehmen. Nach der Frageformel, die Rüttimann zu §. 247 S. 203 anrathet, würde der Zürcher jury die rechtliche Qualifikation nicht zustehen. — Der bayerische Entwurf v. 1851 Art. 472 will, wie schon in der I. Abth. bemerkt wurde, den Geschwornen die rechtliche Qualifikation entziehen. Vgl. darüber Mittermaier „Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte in Deutschland, vorzüglich in Bayern" S. 23 ff. Vgl. auch noch Preuß. Ges. v. 3. Mai 1852 Art. 79—86. Braunschweig. St.-P.-O. §. 140.

2) In dem Regierungs-Entwurfe dieses Artikels (Art. 59) stand nicht „des Verbrechens," sondern „der That."

Qualifikation nach der einen und der anderen Gesetzgebung mit Rücksicht auf die Bestimmungen über die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde zur Begründung dieses Rechtsmittels dienen könne, so lautet die Antwort folgendermassen:

1) Bei denjenigen Gesetzgebungen, welche der jury die rechtliche Qualifikation entziehen, so daß diese einen Bestandtheil des jugement bildet, ist die Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde durch die Behauptung der unrichtigen Qualifikation schon darin als zuläßig anerkannt, daß das Urtheil wegen unrichtiger Anwendung des Strafgesetzes (d. i. einer Bestimmung des sog. materiellen Strafrechtes) überhaupt angefochten werden kann. Der Wahrspruch bleibt bei einer so begründeten Nichtigkeitsbeschwerde ganz aus dem Spiele. Die Beschwerde ist lediglich gegen einen Bestandtheil des vom Assisenhofe zu fällenden Urtheils (was eben die Franzosen jugement, die Engländer jugdment im Gegensatze zum Verdict nennen) gerichtet. Die rechtliche Qualifikation der im Wahrspruche festgestellten Thatsachen wird hier auf dieselbe Art angefochten, wie die Verhängung einer dem Gesetze nicht entsprechenden Strafe. Der Wahrspruch wird durch diese Beschwerde nicht berührt und kann im Falle einer Kassation wegen unrichtiger Qualifikation niemals zugleich mit dem jugement kassirt werden.

Der Verurtheilte kann sich zwar auch durch den Inhalt des Wahrspruches beschwert finden, und zwar selbst in dem Falle, wenn er anerkennt, daß ihm ein gänzlich verneinender Wahrspruch und somit ein von der Anklage freisprechendes Urtheil (acquittement), ja selbst nur ein von der Strafe freisprechendes (absolution) nicht habe zu Theil werden können. Er kann sich nämlich dadurch beschwert finden, daß im Wahrspruche anstatt solcher Thatsachen, welche einen leichteren Reat begründen, solche Thatsachen konstatirt worden sind, welche einen schwereren begründen, z. B. anstatt Hilfeleistung — Urheberschaft, anstatt Versuch — Vollendung, anstatt Todtschlag — Mord, anstatt Diebstahls — Raub, anstatt einfachen Diebstahls — ausgezeichneter Diebstahl, anstatt Raub II. Grades — Raub III. Grades u. s. w.

Da nun der Inhalt des Wahrspruches durch den Inhalt der an die Geschwornen gestellten Fragen bestimmt wird, so würde diese Beschwerde eigentlich gegen die Fragestellung gerichtet sein

und müßte zu der Prüfung führen, ob der Aſſiſſenhof die Stellung einer ſolchen eventuellen einen geringeren Reat begründenden Frage mit Recht oder Unrecht unterlaſſen oder verweigert habe. Es entſteht daher die Frage, *ob eine ſolche Prüfung* durch den Kaſſationshof, an welchen eine ſolche Beſchwerde gerichtet ſein würde, *überhaupt möglich* ſei.

Zur Beantwortung dieſer Frage iſt es nothwendig, auf das Verhältniß des Schwurgerichtshofes zu den Geſchwornen näher einzugehen, — jedoch natürlich bloß mit Bezugnahme auf denjenigen Beſtandtheil der Strafſachen, welcher in dem Wahrſpruche der Geſchwornen ſeine Erledigung zu finden hat.

Dieſes Verhältniß iſt nun a) *bei einer ſolchen Geſetzgebung*, welche, wie das engliſche Recht, dem vorſitzenden Richter reſp. dem Gerichtshofe gar keine Frageſtellung auferlegt, ſondern die Geſchwornen lediglich über die Wahrheit des Inhaltes der Anklageſchrift entſcheiden läßt, — ein ſehr einfaches. Der Richter hat hier auf den Inhalt und Umfang der von den Geſchwornen zu beantwortenden Frage gar keinen Einfluß; er kann dieſer weder etwas hinzufügen, noch etwas von ihr wegnehmen, überhaupt Nichts daran ändern. Es kann alſo hier die obige Frage gar nicht aufkommen.

Anders b) *bei einer ſolchen Geſetzgebung*, welche, wie die franzöſiſche und neuere deutſche, dem Aſſiſenpräſidenten reſp. dem Aſſiſenhofe die Funktion der Frageſtellung überträgt[1]). Indem dem Präſidenten und ſeinen Collegen dieſe Funktion übertragen wird, treten ſie zu den Geſchwornen und deren Aufgabe in ein viel näheres Verhältniß; ſie haben dann an der Conſtatirung der Thatſachen und an der Entſcheidung der That- oder Schuldfrage einen bedeutenden Antheil. Denn das Inſtitut der Frageſtellung hat nicht bloß die Beſtimmung, den Geſchwornen ihre Aufgabe zu erleichtern, ſondern auch die weitere Beſtimmung, für die Entſcheidung der That- oder

1) Ganz eigenthümliche Beſtimmungen über die Frageſtellung enthält die *braunſchweig.* St.-P.-O. in den §§. 136—139. Indeſſen werden doch auch nach ihr an die Geſchwornen eigene (vom Gerichte zu entwerfende) Fragen geſtellt. Ueber das *engliſche* Recht ſ. *Mittermaier* „das engliſche ꝛc. Strafverf. §. 27 S. 446 ff. und deſſen „Erfahrungen über die Wirkſamkeit der Schwurgerichte in Deutſchland, vorzügl. im K. Hannover, im Gerichtsſaal 1853 9. Heft S. S. 418 ff.

Schuldfrage gewiſſe Schranken zu ſetzen, welche die Geſchwornen in ihrem Wahrſpruche nicht überſchreiten dürfen. Es hat den Zweck einer Beſchränkung des Verdicts und der jury. In der Bejahung und Verneinung der Fragen ſind die Geſchwornen allerdings frei und ungebunden, ja ſie dürfen auch theilweiſe verneinen[1]: — aber es iſt ihnen nicht geſtattet, ihrem bejahenden oder verneinenden Wahrſpruche irgend welche Zuſätze beizufügen; ihre Antwort darf den Inhalt der Fragen nicht überſchreiten[2]. Die Fragen ſind alſo für den Wahrſpruch negativ maßgebend; ſie haben die doppelte Bedeutung einer verneinenden Entſcheidung alles desjenigen, was in ihnen nicht (explicite oder implicite) enthalten iſt und der poſitiven Entſcheidung, daß das in ihnen Enthaltene allein der concreten Sachlage entſpreche und in Frage kommen könne. Dieſe doppelte Bedeutung des Inſtituts der Frageſtellung liegt in der Natur der Sache ſelbſt; die Geſetzgebung kann hieran nichts ändern.

Eine andere Frage iſt aber die, ob der Aſſiſenhof bezüglich der in der Frageſtellung enthaltenen Befugniſſe *ſouverän zu ſtellen*, d. h. ob nicht die Ausübung dieſer Befugniſſe für anfechtbar zu erklären ſei. Wir glauben dieſe Frage unbedingt bejahen zu müſſen, falls nicht *poſitive bindende Beweisregeln* herrſchen.

α) *In dieſem Falle* ſteht allerdings der Beſchwerde Nichts entgegen, daß der Gerichtshof mit Unrecht den Antrag auf Stellung einer weiteren Frage verworfen habe. Der Beſchwerdeführer hat zur Begründung ſeiner Beſchwerde lediglich die nach dem Geſetze erforderlichen Beweismittel für die Thatſache anzuführen, bezüglich deren er eine weitere Frage beantragt hatte. Daß die fragliche Thatſache relevant ſein müſſe, um die Beſchwerde durchzubringen, verſteht ſich

---

1) Vergl. z. B. das *bayer.* Geſ. vom 10. Nov. 1848 Art. 191.

2) Dieſer Grundſatz gehört ebenſo dem neueren Deutſchen, wie — abgeſehen von den circonstances attenuantes — dem franzöſiſchen Rechte an. Vgl. *Höchſter* Lehrbuch §. 265; Morin Dict. p. 450; Bonnin p. 338.

Bayer. Geſ. v. 10. Nov. 1849 Art. 191. Sitzungsber. der bayer. Strafger. Bd. IV. S. 450; V. S. 125

Abweichend von den übrigen neueren Strafprvceßordnungen geſtattet das *Zürcher* Geſ. v. 1853 §. 252 den Geſchwornen, *ſelbſt unbefragt* ihrer Antwort einen Zuſatz (über Strafausſchließungs- und Strafmilderungsgründe) beizufügen.

von ſelbſt. Ebenſo, daß neue Thatſachen und neue Beweismittel zur Begründung der in Rede ſtehenden Beſchwerde nicht geeignet ſeien.

β) Wo hingegen keine poſitiven bindenden Beweisregeln beſtehen, wo vielmehr die Würdigung alles Thatſächlichen der freien Ueberzeugung der betreffenden Organe überlaſſen iſt, da fehlt auch die Möglichkeit, es fehlt der Stoff zur Begründung einer derartigen Beſchwerde. Mag auch z. B. der Angeklagte im Stande ſein, anzuführen, daß er ſeinen verworfenen Antrag unter Hinweiſung auf 2 glaubwürdige Zeugen geſtellt habe, welche ausgeſagt haben, daß der Angeklagte zur Zeit der That (etwa der Tödtung) berauſcht geweſen ſei, — mag er auch wirklich berauſcht geweſen ſein: — es fehlt an dem Hauptmotiv für eine ſolche Beſchwerde, daß nämlich der Gerichtshof mit Rückſicht auf jene Beweismittel geſetzlich verpflichtet geweſen wäre, dem Antrag Folge zu geben. Das Obergericht kann nicht beurtheilen, ob der Gerichtshof mit Unrecht in den Ausſagen jener Zeugen keinen genügenden Anlaß zur Stellung der weiteren Frage erblickt habe; denn es kennt die Gründe dieſer Entſcheidung nicht.

Um das Obergericht in Stand zu ſetzen, zu beurtheilen, ob die Beſchwerde begründet ſei oder nicht, müßte vor ihm die ganze Verhandlung wiederholt werden. Denn der vom Aſſiſenhofe verworfene Antrag des Beſchwerdeführers auf Stellung einer weiteren Frage kann doch wohl nicht für ſich allein und herausgeriſſen aus ſeinem Zuſammenhange mit den übrigen Verhandlungen in Betracht gezogen werden, ohne die Entſcheidung über die Beſchwerde der Gefahr höchſter Einſeitigkeit auszuſetzen.

Gegen eine ſolche Wiederholung der ganzen Verhandlung gilt nun aber alles dasjenige, was früher §. 33 bemerkt worden iſt, — wozu noch das Weitere kommt, daß die Bedeutung der Frage, um welche es ſich hier handelte, außer allem Verhältniſſe zu dem Aufwande an Zeit, Koſten und Mühe ſtünde, welcher durch eine ſolche Wiederholung veranlaßt würde. Jedoch auch abgeſehen von alle dem, — was wäre die willfahrende Entſcheidung des Kaſſationshofes über die Beſchwerde? Offenbar nichts Anderes, als eine ganz neue, eine zweite Entſcheidung, ähnlich der abändernden Thatfrageentſcheidung ſeitens eines Appellationsgerichtes auf ergriffene Berufung des

Verurtheilten gegen das Urtheil des Bezirksgerichtes. Welchen Vorzug kann die Entscheidung des Kassationshofes vor der des Assisenhofes beanspruchen, falls er sich nicht auf die schon früher §. 30 genugsam beleuchtete Präsumtion gründen wollte, daß die Obergerichte einen besseren Menschenverstand besitzen, als die Untergerichte? Denn es bedarf wohl keiner weiteren Auseinandersetzung, daß die der Beschwerde zu Grunde liegende Frage keine quaestio juris, sondern eine quaestio facti ist, welche von einem gebildeten Laien ebenso gut beantwortet werden kann, wie von einem Rechtsgelehrten.

Auch abgesehen von der besonderen Beschaffenheit eines französischen Kassationshofes, welcher nicht einmal alle die Rechtsfragen entscheiden darf, welche er entscheiden könnte, und sich mit dem faktischen Theile der Strafsachen nicht entfernt befassen darf, — angenommen, der oberste Gerichtshof wäre nach unserem in der I. Abtheilung §. 39 gemachten Vorschlage zugleich Revisionsgericht, so könnte er sich doch mit einer solchen Frage, wie die in Rede stehende Beschwerde aufwirft, nicht befassen, weil die Errichtung von Obergerichten nach Obigem (§. 30) überall nur die Correktur juristisch irrthümlicher Entscheidungen der Untergerichte bezwecken kann.

Wollte der Gesetzgeber eine Beschwerde wegen Verwerfung eines Antrags auf Stellung einer weiteren Frage an die Geschwornen zulassen, — so müßte er ohne alle Beschränkung geradezu erklären, daß der Assisenhof jedwedem solchen Antrag Folge zu geben habe, und daß die Verletzung dieser Vorschrift überall die Nichtigkeit des ganzen Verfahrens nach sich ziehe, — und zwar aus dem Grunde, weil, wie gezeigt, der Kassationshof sich auf die Prüfung, ob der Antrag begründet gewesen oder nicht (oder, was dasselbe ist, ob er mit Recht oder Unrecht verworfen worden sei), überall gar nicht einlassen kann.

Wenn dagegen eine derartige gesetzliche Bestimmung nicht besteht, dann kann auch der Gesetzgeber keine Beschwerde wegen Verwerfung eines Antrages auf Stellung einer weiteren Frage an die Geschwornen zulassen [1]; — und da durch die Fragen der Inhalt

1) Diese Ansicht finden wir auch in Erkenntnissen des obersten Gerichtshofes von Bayern ausgesprochen. Vergl. Sitzungsberichte der bayer. Strafgerichte Bd. I. S. 169, 343; II. S. 199. Eine ganz andere Frage ist die, ob der Schwurgerichtshof verpflichtet sei, über einen solchen Antrag auf Stellung

des Wahrſpruches bedingt iſt, ſo ergibt ſich, daß dieſer bei einer Geſetzgebung, welche die rechtliche Qualifikation aus ihm entfernt hat, und die oben bezeichnete Beſtimmung nicht enthält, durch eine Beſchwerde wegen unrichtiger Qualifikation gar nicht berührt wird, ſondern überall gänzlich unangefochten bleibt.

§. 45.

Fortſetzung.

2) Was dagegen jene Geſetzgebung betrifft, welche den Geſchwornen die rechtliche Qualifikation nicht entzieht, ſo verhält ſich hier die Sache ganz anders. Mit der Nichtigkeitsbeſchwerde gegen den dem Aſſiſenhofe ſpeziell zugewieſenen Beſtandtheil des Urtheils (das jugdment) iſt hier der unrichtigen Qualifikation, auf welche der Strafausſpruch gegründet iſt, wenigſtens nicht unmittelbar beizukommen. Denn die Anfechtung irgend einer richterlichen Entſcheidung kann doch offenbar nur auf dasjenige Bezug haben, was in der fraglichen Entſcheidung wirklich enthalten iſt. Hat nun der Geſetzgeber der rechtlichen Qualifikation ihren Platz in dem Wahrſpruche der Geſchwornen angewieſen, ſo kann ſie nicht zugleich auch in dem jugdment enthalten ſein, daher auch eine Beſchwerde gegen dieſes die rechtliche Qualifikation unberührt laſſen muß. Eine unmittelbare direkte Anfechtung der rechtlichen Qualifikation müßte alſo gegen den Wahrſpruch ſelbſt gerichtet ſein.

---

einer weiteren Frage in gehöriger Form überhaupt zu entſcheiden, und ob die Verweigerung oder Unterlaſſung einer ſolchen Entſcheidung eine Nichtigkeitsbeſchwerde begründe. Dieſe Frage muß nicht nur vom legislativen Standpunkte entſchieden bejaht werden, ſondern ſie iſt auch bereits in den poſitiven Rechten bejahend beantwortet. So heißt es z. B. im bayer. Geſ. v. 10. Nov. 1848 Art. 231 Ziff. 8 (Nichtigkeitsbeſchwerde iſt geſtattet) „wenn der Schwurgerichtshof auf einen vom Angeklagten ſchriftlich übergebenen oder zu Protokoll niedergelegten Antrag, durch welchen derſelbe eine ihm vom Geſetze zum Behufe der Vertheidigung eingeräumte Befugniß geltend machen wollte, eine Entſcheidung zu geben entweder unterlaſſen oder verweigert . . . hat.“ — Nach dem Zürcher Geſ. §. 251 ſcheint indeſſen das Gericht verpflichtet zu ſein, jedem ſolchen Antrag Folge zu geben, denn es heißt daſelbſt: „Wenn der Vertheidiger behauptet, daß die Strafbarkeit der eingeklagten Handlung durch eines der in den §§. 46 . . . . . des Strafgeſetzbuches aufgezählten Verhältniſſe ausgeſchloſſen, oder daß die Handlung aus einem milderen Geſichtspunkte aufzufaſſen ſei, ſo iſt hierüber eine beſondere Frage an die Geſchwornen zu ſtellen.“

Es ist nun von Interesse, zu sehen, ob im bayerischen Rechte, welches die rechtliche Qualifikation in den Wahrspruch verwiesen hat, ein Ausweg gefunden worden ist, um das Bedürfniß zu befriedigen, eine irrthümliche Qualifikation zu verbessern, — und welcher. Eine direkte Anfechtung des Wahrspruches wegen unrichtiger Qualifikation durch die Nichtigkeitsbeschwerde läßt das bayerische Recht nicht zu. Dagegen gibt es nach diesem Rechte

1) ein Mittel, um zu verhindern, daß eine unrichtige Qualifikation in den Wahrspruch komme,

2) ein Mittel, um die unrichtige Qualifikation im Wahrspruche noch vor dem Urtheile des Gerichtshofes zu verbessern und

3) eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Endurtheil, welche darauf gegründet ist, daß die Handlung juristisch unrichtig qualificirt sei, — welche Beschwerde jedoch nur zu Gunsten des Verurtheilten zugelassen wird.

ad 1) Ein Mittel, um zu verhindern, daß eine unrichtige Qualifikation in den Wahrspruch hineinkomme, ist schon die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Verweisungserkenntniß, welche nach Art. 66 Ziff. 1 des Ges. v. 10. Nov. 1848 dann zugelassen wird, „wenn der Beschluß auf einer unrichtigen Anwendung des Gesetzes bezüglich der Eigenschaft der That beruht." Man bringe hiemit die Bestimmung des Art. 173 Abs. 1 in Zusammenhang, daß „die Hauptfrage dahin gerichtet wird, ob sich der Angeklagte des Verbrechens, welches den Gegenstand der Anklage bildet, schuldig gemacht habe."

Ein anderes Mittel zu diesem Zwecke ist das, daß gegen die Fragestellung des Präsidenten Einwendung erhoben wird nach Art. 179. Mittels einer solchen Einwendung kann wiederholt oder nachträglich auch noch die im Verweisungserkenntniß enthaltene Qualifikation bekämpft werden, und zwar mit Erfolg, indem der Präsident, resp. der Assisenhof bei der Fragestellung nicht absolut an sie gebunden ist. Die im Verweisungsbeschlusse enthaltene irrthümliche Qualifikation kann bei der Fragestellung immerhin noch modificirt werden, und zwar auf doppelte Art: entweder indirekt durch Beifügung eventueller oder Nebenfragen, welche die anderweitige Qualifikation enthalten, oder aber durch direkte Korrektur d. h. durch Ersetzung der im Verweisungsbeschlusse aufgestellten

irrthümlichen Qualifikation durch die richtige. Wenn wir auch zugeben, daß ſich gegen das letztere Mittel ſowohl vom legislativen Standpunkte, als auch nach poſitivem bayeriſchen Rechte, Bedenken und Zweifel erheben ließen [1]), ſo genügt doch das — jedenfalls unbeſtreitbare — erſte Mittel für die Erreichung des fraglichen Zweckes.

ad 2) Das Mittel, um eine Verbeſſerung der bereits im Wahrſpruche enthaltenen unrichtigen Qualifikation noch vor dem Endurtheil herbeizuführen, iſt der Antrag, die Geſchwornen zur Verbeſſerung des Wahrſpruches nach Art. 196 in das Berathungszimmer zurückzuſchicken. Eine ausdrückliche Beſtimmung, welche dem Staatsanwalte und dem Angeklagten die Stellung eines ſolchen Antrages geſtatte, iſt zwar im bayeriſchen Geſetze nicht enthalten. Allein das im Art. 196 angeordnete ſog. Berichtigungsverfahren iſt ein Erzeugniß der franzöſiſchen Jurisprudenz und aus dieſer in's bayeriſche Recht herübergenommen worden. Die franzöſiſche Jurisprudenz geſtattet aber ſolchen Antrag nicht nur dem Staatsanwalte, ſondern auch dem Angeklagten; daher das Schweigen des bayeriſchen Geſetzes in affirmativem Sinne gedeutet werden muß [2]).

---

1) Ein ſolches Bedenken bietet der Wortlaut des Art. 173 des bayer Geſ. v. 10. Nov. 1848: „Die Hauptfrage wird dahin gerichtet, ob ſich der Angeklagte des Verbrechens, welches den Gegenſtand der Anklage bildet, ſchuldig gemacht habe.“ Wenn nun auch dieſe Beſtimmung nicht ſo zu interpretiren iſt, als ob immer die erſte Frage nach Maaßgabe des Anklagebeſchluſſes geſtellt werden müſſe, und obwohl weder bloß die nach Maaßgabe des Anklagebeſchluſſes geſtellte Frage, noch auch bloß die erſte Frage, ſondern jede Frage eine Hauptfrage iſt, die nicht lediglich dann zur Beantwortung gelangen kann, wenn eine gewiſſe andere vorausgehende Frage bejaht wurde, alſo auch die ſog. eventuellen Fragen Hauptfragen ſein können, — ſo liegt doch in dem angeführten Artikel unbeſtreitbar die Beſtimmung, daß von einer nach Maaßgabe der Anklageſchrift geſtellten Frage nicht Umgang genommen werden dürfe.

2) Daraus, daß auf Anwendung des Art. 212 des Geſ. v. 10. Nov. 1848 (Urtheilsausſetzung, wenn ſämmtliche Richter der Anſicht ſind, daß die Geſchwornen ſich in der Hauptſache zum Nachtheile des Angeklagten geirrt haben) kein Antrag von Seite der Staatsbehörde oder des Angeklagten geſtellt werden darf, kann die Unſtatthaftigkeit eines Antrages auf Anwendung des Art. 196 nicht gefolgert werden. Auch im franzöſiſchen Rechte darf auf Anwendung des Art. 352 C. J. kein Antrag geſtellt werden. S. Rogron l. c. pag. 282. Höchſter a. a. O. §. 294. — Ebenſo verbieten deutſche Strafproceßordnungen eine ſolche Antragſtellung ausdrücklich, z. B. Preuß. Geſ. vom 3. Mai 1852 Art. 99; Braunſchweig. St.-P.-O. §. 146. — Die Gründe, welche dieſem Antrag entgegenſtehen, ſind auch bezüglich des anderen Antrages nicht vorhanden.

Daß nun aber das Berichtigungsverfahren im Falle einer unrichtigen Qualifikation am Platze sei, kann nicht bezweifelt werden. Denn die Unrichtigkeit der Qualifikation besteht eben darin, daß diese zu dem factum qualificatum nicht paßt, daß die Thatsachen und die Qualifikation mit einander im Widerspruche stehen; der Wahrspruch ist „in sich widersprechend," — wenn auch dieser Widerspruch in dem einfachen „Ja" der Geschwornen nur implicite, nicht, wie in der betreffenden Frage, explicite enthalten ist.

ad 3) Was endlich das dritte Mittel betrifft, so ist dasselbe genau betrachtet das einzige, dessen nähere Erörterung durch den Zweck dieser Schrift geboten ist. Die Frage, ob und in wieferne eine unrichtige Qualifikation bei einer Gesetzgebung, die diesen Bestandtheil des Urtheils in's Verdikt verweist, zu einer Nichtigkeitsbeschwerde Anlaß geben könne, ist diejenige, deren Beantwortung hier vor Allem nothwendig ist.

Um nun zur Zulässigkeit einer solchen Nichtigkeitsbeschwerde zu gelangen, hat die bayerische Praxis folgenden Weg eingeschlagen[1]). Die Nichtigkeitsbeschwerde ist immer zunächst gegen das Erkenntniß des Gerichtshofes, niemals zunächst gegen den Wahrspruch gerichtet[2]). Der Grund der Nichtigkeitsbeschwerde ist überall ein juristischer Fehler, überall ein Fehler des juristischen Elementes im Schwurgerichte. Es galt also, die unrichtige Qualifikation, auf welche der Gerichtshof sein Erkenntniß gegründet, diesem zuzurechnen, aus ihr einen Fehler des juristischen Elementes herauszuargumentiren. Als Brücke zu diesem Fehler diente die Pflicht des Gerichtshofes, den Wahrspruch zu kontrolliren und insbesondere die irrthümliche rechtliche Qualifikation zu korrigiren. Zur Begründung dieser Korrekturpflicht resp. Korrekturbefugniß wurden 2 Hauptargumente vorgebracht. Für's Erste sei der Schwurgerichtshof durch

1) Vergl. z. B. Sitzungsber. der bayer. Strafger. Bd. IV. S. 295. S. auch den Art. in J. A. Seuffert's Blättern für R. A. 1850 Nr. 23.

2) Hierin stimmt das bayer. Recht mit dem französischen Rechte und den übrigen neueren deutschen Strafprozeß-Gesetzen überein; — allein diese entziehen, worauf hier wiederholt hingewiesen werden muß, den Geschwornen die rechtliche Qualifikation, — daher auch bei ihnen die Einrichtung, daß die Nichtigkeitsbeschwerde nur gegen das Jugement gerichtet werden kann, keinerlei Inkonvenienzen mit sich bringt. Der bayerische Gesetzgeber hätte aber erwägen sollen, daß durch seine Abweichung vom französischen Rechte in Bezug auf die Nichtigkeitsbeschwerde eine nothwendig auszufüllende Lücke entstehe.

Art. 202 des Geſ. v. 10. Nov. 1848 ermächtiget, den Angeklagten, obwohl er durch den Wahrſpruch für ſchuldig erklärt worden, unter einer gewiſſen Vorausſetzung dennoch von aller Strafe freizuſprechen. Mit Rückſicht darauf könne wohl nicht gezweifelt werden, daß der Gerichtshof auch die viel geringere Befugniß habe, die unrichtige Qualifikation zu Gunſten des Angeklagten zu ändern und ihn demgemäß zu einer milderen Strafe zu verurtheilen, als diejenige wäre, welche ihn treffen müßte, wenn dem Ausſpruche über die Strafe die im Wahrſpruche enthaltene Qualifikation zu Grunde gelegt würde; — er ſei alſo z. B. ermächtiget, anſtatt des im Wahrſpruche feſtgeſtellten Raubes IV. Grades — Raub III. Grades anzunehmen und danach die Strafe zu beſtimmen.

Uns ſcheint aber dies Argument (a majori ad minus) nicht ſtichhaltig zu ſein. Die Befugniß des Schwurgerichtshofes, die Qualifikation zu ändern, ſcheint uns ihrer ganzen Natur nach von der dem Gerichtshofe in Art. 202 cit. ertheilten Ermächtigung völlig verſchieden zu ſein. Die Beſtimmung des Art. 202 iſt nichts Anderes, als eine ſpezielle Anwendung eines allgemeinen Grundſatzes auf eine beſondere Klaſſe von Fällen, — des allg. Grundſatzes nämlich, daß der Schwurgerichtshof ſeine Entſcheidung über die Straffrage *nach* dem Inhalte des Wahrſpruches (dieſem *gemäß*) einzurichten habe; denn die Freiſprechung von der Strafe iſt die natürliche, nothwendige Folge der Vorausſetzung, unter welcher ſie nach Art. 202 einzutreten hat, — der Vorausſetzung nämlich, daß die Handlung, deren der Angeklagte durch den Wahrſpruch für ſchuldig erklärt worden iſt, entweder durch gar kein Strafgeſetz vorgeſehen iſt [1]), — oder daß der Strafverhängung ein Strafaufhebungsgrund z. B. Verjährung entgegenſtehe [2]). Weit entfernt, durch die Freiſprechung an

1) Ein ſolcher Fall kam, wenn wir uns recht erinnern, im Jahre 1850 oder 1851 in Berlin vor. Ein Pole war deſelbſt angeklagt 1) wegen Hochverraths gegen das deutſche Reich, 2) wegen Hochverraths gegen die preußiſche Monarchie. Die Geſchwornen bejahten die auf Erſteres geſtellte Frage, verneinten aber die auf Letzteres geſtellte. Der Gerichtshof ſprach Freiſprechung von der Strafe aus, weil es im Preuß. Strafrechte keinen Hochverrath gegen das deutſche Reich gebe.

2) Die Faſſung des Art. 202 iſt, wie die des Art. 364 C. J., zu enge; richtig und erſchöpfend iſt die Faſſung des *bayer.* Entwurfes v. 1851 Art. 494: „Iſt der Schwurgerichtshof der Anſicht, entweder 1) daß die That, deren der

dem Wahrſpruche etwas zu ändern, iſt der Gerichtshof vielmehr durch denſelben zur Freiſprechung genöthiget. Jener allg. Grundſatz iſt nun aber offenbar das Gegentheil von jener Korrekturbefugniß; dieſe kann daher auch nicht auf Art. 202 geſtützt werden.

Das zweite Argument iſt der Wortlaut des Art. 230 Nro. III., welcher beſtimmt, daß der vom Schwurgerichtshofe zu einer Strafe verurtheilte Angeklagte das Urtheil mit der Nichtigkeitsbeſchwerde anfechten könne, wenn „von dem Schwurgerichtshofe das Geſetz unrichtig auf die durch den Wahrſpruch der Geſchwornen feſtgeſtellten Thatſachen angewendet worden iſt.“ Der Beruf des Gerichtshofes beſtehe alſo in der Anwendung des Geſetzes auf die Thatſachen; derſelbe ſei an den Wahrſpruch nicht gebunden, inſoweit er auch die rechtliche Qualifikation enthalte, ſondern nur inſoweit er Thatſachen feſtſtelle; in der Geſetzesanwendung ſei auch die rechtliche Qualifikation der Thatſachen enthalten.

Man ſieht, daß dieſe rein grammatikaliſche Interpretation des Art. 230 Nro. III. gar keines Mittelgliedes bedarf, um ſofort von der unrichtigen Qualifikation zu dem Fehler ſeitens des Gerichtshofes in ſeiner Urtheilsfällung zu gelangen. Wenn in der Geſetzes-Anwendung unmittelbar Alles enthalten iſt mit Ausnahme der Feſtſtellung von Thatſachen, dann iſt eine unrichtige Qualifikation allerdings auch unmittelbare Schuld des Gerichtshofes.

Prüfen wir nun dies Argument, ſo möchten wir vor Allem an L. 24 D. de legibus (1, 3) erinnern: „Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere [1]).“ Iſt es in der That ſtatthaft, aus einem einzelnen Ausdrucke einer Beſtimmung, welche davon handelt, aus welchen Gründen die Nichtigkeitsbeſchwerde erhoben werden könne, die fragliche Befugniß des Schwurgerichtshofes herauszuargumentiren?

Angeklagte durch den Wahrſpruch der Geſchwornen für ſchuldig erklärt worden, durch kein Strafgeſetz verboten ſei, oder 2) daß in einem Falle, in welchem die Unterſuchung nur auf den Antrag des Beleidigten oder Beſchädigten einzuleiten war, dieſelbe demungeachtet ohne einen ſolchen Antrag eingeleitet oder nachdem derſelbe in zuläßiger Weiſe zurückgenommen war, fortgeſetzt worden ſei, 3) daß einer der Gründe vorliege, durch welche gemäß der Artikel .... des Geſetzbuches über Verbrechen und Vergehen die Strafbarkeit der That getilgt wird, — ſo erkennt er auf Freiſprechung von der Strafe.“

2) Vergl. Savigny, Syſtem I., S. 223.

Iſt dieſe Befugniß etwa nicht bedeutend genug, um den Geſetzgeber zu veranlaſſen, ſie ausdrücklich zu ſtatuiren, ihr eine ausdrückliche Beſtimmung zu widmen? Die Frage enthält doch nichts Geringeres, als das Kompetenzverhältniß zwiſchen jury und Gerichtshof. Warum hat der Geſetzgeber die rechtliche Qualifikation in's Verdict verwieſen, wenn der Gerichtshof bei der „Geſetzesanwendung" zu qualificiren hätte, als wäre noch gar keine Qualifikation da? In dem Kapitel von der Nichtigkeitsbeſchwerde ſoll die Befugniß des Gerichtshofes, die im Wahrſpruche enthaltene Qualifikation zu ändern, geſucht werden! und zwar auch auf dieſem fremden Gebiete nicht etwa in einer ausdrücklichen deßfallſigen Beſtimmung, in einem beſonderen Artikel oder auch nur in einigen beſonderen Worten, — nein, nur in einem ſo ganz nebenher und gelegentlich, mit einem einzigen, verſchiedener Auslegung fähigen, unrichtigen Ausdrucke! — una aliqua particula! Die logiſche und ſyſtematiſche Interpretation, ja alle Interpretationsregeln ſträuben ſich gegen ſolche grammatikaliſche Interpretation. Es kann unmöglich angenommen werden, daß der Geſetzgeber mit dem Worte „Thatſachen" an dieſer Stelle (!) die Ueberlaſſung der Qualifikation an die jury wieder annulliren, widerrufen wollte! Die Behauptung eines ſolchen Widerrufes iſt aber in jener Argumentation enthalten. Iſt dies a priori nicht annehmbar, ſo haben wir auch noch poſitive Belege dawider.

In den Motiven zu Art. 249 des Geſ. v. 10. Nov. 1848 heißt es nämlich: „Hier muß an die Stelle des vernichteten Urtheils ein anderes geſetzt werden, ohne daß deßhalb eine Wiederholung der Verhandlung vor den Geſchwornen oder ein nochmaliger Wahrſpruch derſelben zuläßig wäre. Beides bleibt vielmehr bei Kraft, und der neue Aſſiſenhof hat das vorliegende Verdikt der Geſchwornen ſeiner Entſcheiduug zu Grunde zu legen." Art. 249 cit. handelt aber davon, was der Kaſſationshof im Falle einer Vernichtung des Urtheils wegen irriger Anwendung des Geſetzes zu thun habe. Hieraus ergibt ſich klar, was der Geſetzgeber unter Anwendung des Geſetzes verſtehe, daß er dabei nicht an eine rechtliche Qualifikation oder an die fragliche Aenderungsbefugniß gedacht habe.

Wenn der neue Gerichtshof den „vorliegenden Wahrſpruch" ſeiner Entſcheidung zu Grunde legen muß, ſo iſt nicht abzuſehen, warum der frühere Gerichtshof ſeiner Entſcheidung lediglich

die im Wahrſpruche feſtgeſtellten Thatſachen, alſo einen bloßen Theil des Wahrſpruches zu Grunde zu legen habe und den anderen Theil ändern dürfe.

Das Wort „Thatſachen" im Art. 230 cit. muß alſo mit Rückſicht auf dieſe Gründe [1]) als eine mangelhafte und zwar unrichtige, mindeſtens ungenaue Ausdrucksweiſe betrachtet werden, aus welcher ſich jedenfalls eine ſo gewichtige Folgerung, wie die fragliche Reviſionsbefugniß, nicht ableiten läßt.

Handelt es ſich daher de lege lata, ſo ſcheint alle und jede Berechtigung zur Annahme dieſer Befugniß reſp. Pflicht zu fehlen, und die Bemerkung des bayeriſchen Juſtizminiſters, unter deſſen Hand das Geſetz vom 10. Nov. 1848 zu Stande kam, daß nämlich der Schwurgerichtshof dieſe Befugniß beſitze, in dem angeführten Geſetze ſelbſt keine Begründung zu finden; — der Gedanke deſſelben hat keinen Ausdruck erhalten.

Aber auch vom legislativen Standpunkte aus ſcheint uns die fragliche Aenderungsbefugniß bedenklich zu ſein; es begegnete uns nämlich bereits in der I. Abtheilung [2]) das Bedenken, daß die unrichtige Qualifikation durch den Präſidenten oder Gerichtshof ſelbſt herbeigeführt ſein kann, ja in den meiſten Fällen auf ihre Rechnung geſetzt werden muß, indem ſie entweder unterlaſſen haben, die in der Anklageſchrift enthaltene unrichtige Qualifikation in der betreffenden Frage zu korrigiren, oder in den durch das Reſultat der Verhandlung veranlaßten anderweitigen Fragen ſelbſt irrthümlich qualificirt haben.

Nur dann ſind ſie frei von dieſem Vorwurfe, wenn die Geſchwornen eine richtig geſtellte Frage in der Art theilweiſe verneint

---

1) Dazu kommt noch die Faſſung des Art. 173, wonach im Wahrſpruche nicht bloß „Thatſachen" feſtgeſtellt werden, ſondern auch ausgeſprochen wird, daß ein beſtimmter Verbrechensbegriff vorhanden ſei. Der Ausdruck „Thatſachen, im Art. 230 wird vielleicht erklärlich, wenn man ſich erinnert, daß es in dem Entwurfe des Art. 173 auch nicht „Verbrechen," ſondern „That" hieß. Der Entwurf wollte eben den Geſchwornen die rechtliche Qualifikation nicht überweiſen. Dies haben erſt — natürlich mit nachgängiger Sanktion der Regierung — die ſtändiſchen Ausſchüſſe gethan. Dieſe haben es aber wahrſcheinlich überſehen, die Faſſung des Art. 230 mit der des Art. 173 in die gehörige Harmonie zu bringen.

2) S. 112.

haben, daß die beibehaltene Qualifikation auf die übrig gebliebenen affirmativ feſtgeſtellten Thatſachen nicht mehr paßt.

Abgeſehen von dieſen Fällen, welche bei dem ſeltenen Gebrauche, den die Geſchwornen von dem Rechte einer theilweiſen Verneinung der Fragen machen, auch nur ſelten ſein werden, — dürfte die fragliche Reviſionsbefugniß reſp. Obliegenheit für den Schwurgerichtshof eine nicht ſehr geeignete Funktion ſein. Denn auch abgeſehen davon, daß dieſe Funktion in den meiſten Fällen ein corrigere semet ipsum wäre, ſo iſt nicht wohl zu erwarten, daß der Gerichtshof oder ſein Vorſtand die Unrichtigkeit der Qualifikation nach Eröffnung des Wahrſpruches entdecken werde, nachdem ſie ihm bis dahin verborgen geblieben war.

Gegen die Einführung der fraglichen Aenderungsbefugniß ſcheint aber auch der Umſtand zu ſprechen, daß durch dieſelbe die Geſetzgebung, welche die juriſtiſche Qualifikation den Geſchwornen überwieſen hat, mit ſich ſelbſt in Widerſpruch geräth. Wir ſind weit davon entfernt, die Nothwendigkeit einer Kontrolle ſeitens der rechtsgelehrten Richter über die Geſchwornen in Abrede zu ſtellen; — aber bei der Kontrolle ſollte es eben auch ſein Bewenden haben. Man ſollte nicht aus der Kontrolle einen Rollentauſch machen. Wenn einmal die Beſtandtheile der Geſammtaufgabe des Urtheilens in einer beſtimmten Art zwiſchen dem Gerichtshofe und der jury geſetzlich vertheilt ſind, dann ſcheint es unſtatthaft zu ſein, unter dieſer oder jener beliebigen Vorausſetzung die Aufgabe der jury wieder dem Gerichtshofe zu übertragen [1]).

Dem Bedürfniſſe einer Kontrolle iſt aber durch das ſog. Berichtigungsverfahren (Art. 196 des bayer. Geſ. v. 10. Nov. 1848) [2])

1) In §. 60 werden wir indeſſen Fälle kennen lernen, in welchen eine derartige Befugniß des Schwurgerichtshofes am Platze ſein dürfte.

2) Uebrigens muß hier bemerkt werden, daß die Faſſung des Art. 196 zu eng iſt. Mit Recht hat z. B. der bayer. Kaſſationshof den Art. 196 für anwendbar erklärt, wenn der Wahrſpruch den Inhalt der Fragen überſchreitet (z. B. wenn er lautet „Ja; aber der Angeklagte hat bei geminderter Zurechnungsfähigkeit gehandelt." — Vergl. Geſ. v. 29. Auguſt 1848 Art. 3, — ohne daß auf Letzteres eine Frage geſtellt worden wäre). Allein welche Spitzfindigkeit gehörte dazu, um dieſen Wahrſpruch als einen „unvollſtändigen" erſcheinen zu laſſen! Vergl. Sitzungsberichte der bayer. Strafger. Bd. IV. S. 450 ff. und Bd. V. S. 125 ff. — Beſſer iſt die Faſſung des entſprechenden Art. 448 in dem bayer. Entwurfe v. 1851. S. auch Morin Dict. p. 478.

vollſtändig Genüge geleiſtet. Wenn nämlich der Wahrſpruch dem Präſidenten reſp. dem Gerichtshofe fehlerhaft zu ſein ſcheint, ſo kann und muß den Geſchwornen der Auftrag ertheilt werden, den Wahrſpruch zu verbeſſern, und mit der entſprechenden Belehrung des Präſidenten verſehen, werden dann die Geſchwornen die Verbeſſerung auch vorzunehmen im Stande ſein. Ueberſieht aber der Präſident reſp. der Gerichtshof die Fehlerhaftigkeit des Wahrſpruches, und baut letzterer ſein Erkenntniß auf einen fehlerhaften Wahrſpruch, ſo kann dieſes wegen Verletzung einer weſentlichen proceſſualiſchen Vorſchrift mit der Nichtigkeitsbeſchwerde angefochten werden. Auf ſolche Art ſind die Geſchwornen in ihrer Funktion genugſam kontrollirt, ohne daß in die allgemeinen Beſtimmungen über das Kompetenzverhältniß zwiſchen dem Gerichtshofe und der jury ſtörend eingegriffen wird.

Das aber wäre freilich ein großer Irrthum, wenn man glauben wollte, daß mit Hilfe des Berichtigungsverfahrens der Möglichkeit einer im Wahrſpruche enthaltenen unrichtigen Qualifikation gänzlich vorgebeugt werden könne, und daß nach bayeriſchem Rechte — abgeſehen von der fraglichen Reviſionsbefugniß — im Falle einer jeden unrichtigen Qualifikation die Nichtigkeitsbeſchwerde deßhalb erhoben werden könne, weil das Berichtigungsverfahren nicht in Anwendung gebracht worden ſei. Dieſes kann nämlich offenbar in den Fällen nicht in Anwendung kommen, wo die unrichtige Qualifikation durch die Frageſtellung herbeigeführt worden iſt, d. h. wo die unrichtige Qualifikation ſchon in den an die Geſchwornen geſtellten Fragen enthalten war, z. B. wenn es heißt: Hat ſich X des Verbrechens des Raubes 4. Grades dadurch ſchuldig gemacht, daß er....., und nun ſolche thatſächliche Momente aufgeführt werden, welche nach der betreffenden poſitiven Geſetzgebung nicht dieſes Verbrechen, ſondern nur Raub 3. Grades bilden. Wenn auch vielleicht der Präſident und ſeine Beiſitzer nach Verkündung des Wahrſpruches durch den Obmann der Geſchwornen die Unrichtigkeit der Qualifikation (in den Fragen) entdecken würden, ſo könnte wenigſtens nach dem beſtehenden bayeriſchen Rechte eine Korrektur der Qualifikation (eine Verbeſſerung des Wahrſpruches) in keiner Weiſe mehr bewerkſtelliget werden. Denn dies wäre offenbar nur durch eine andere Frageſtellung möglich, und wir wüßten nicht, nach welchen Beſtimmungen des bayeriſchen Prozeßrechtes der Präſident

das Recht hätte, nach Verkündung des Wahrspruches an die Geschwornen anstatt der bereits beantworteten andere neue Fragen zu stellen.

Kann nun aber hienach in diesen Fällen das Berichtigungsverfahren nicht in Anwendung kommen, so kann auch sicherlich wegen Nichtanwendung dieses Verfahrens gegen das Erkenntniß keine Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden. Diese Beschwerde kann aber in solchen Fällen (wo die unrichtige Qualifikation schon in den Fragen enthalten war) wegen unrichtiger Fragestellung erhoben werden [1]).

§. 46.

Fortsetzung.

Wenn nun aber auch hienach in allen Fällen, wo eine unrichtige Qualifikation vorliegt, nach bayerischem Rechte eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Erkenntniß des Schwurgerichtshofes gegeben, und somit die Möglichkeit der Beseitigung des fehlerhaften Urtheils vorhanden ist, — so ist es doch offenbar eine Lücke des Gesetzes, daß die Anfechtung des schwurgerichtlichen Erkenntnisses im Falle einer unrichtigen Qualifikation nicht direkt und unmittelbar auf diesen Fehler gegründet werden kann, und daß der Beschwerdeführer den Umweg über das sog. Berichtigungsverfahren machen muß, um in den bezeichneten Fällen zur Nichtigkeitsbeschwerde zu gelangen. Wozu ein solcher Umweg, wenn nichts hindert, den geraden Weg zum Ziele einzuschlagen? Oder was hindert denn den Gesetzgeber, die im Wahrspruche der Geschwornen enthaltene unrichtige Qualifikation der Handlung geradezu für einen Nichtigkeitsgrund zu erklären, und ihn unter die errores in judicando [2]) einzureihen?

---

1) Sollte auch dieser Fehler in einer Strafprozeßordnung nicht ausdrücklich als Nichtigkeitsgrund aufgeführt sein, so wird man ihn doch überall als solchen gelten lassen müssen, wo überhaupt die rechtliche Qualifikation den Geschwornen überwiesen ist. Denn die Aufstellung einer unrichtigen Qualifikation ist doch ohne Zweifel kein geringerer prozessualischer Fehler, als die gänzliche Unterlassung der Aufstellung einer Qualifikation.

2) Der Wahrspruch gehört zum Urtheil; ein Fehler im Wahrspruch gehört also der Natur der Sache gemäß zu den errores in judicando, und es ist gegen die Natur der Sache, im Falle einer unrichtigen Qualifikation das Endurtheil „wegen eines prozessualischen Fehlers" mit der Nichtigkeitsbeschwerde anfechten zu lassen.

Nach unſerer Anſicht iſt kein Hinderniß und keine Schwierigkeit mehr vorhanden, wenn man es überwinden kann, dem willkührlichen Dogma von der Unanfechtbarkeit des Wahrſpruches[1]) zu entſagen. Es bedarf dann nicht jener Reviſionsbefugniß zweifelhaften Werthes noch des Umweges über das Berichtigungsverfahren oder wie immer jene Brücken und Vermittelungen Namen haben mögen, um mit ſorgfältiger Umgehung des Wahrſpruches den Vorwurf der irrthümlichen Qualifikation gegen das Erkenntniß des Gerichtshofes erheben zu können.

Wir wollen zwar, auch abgeſehen von den in §. 60 zu beſprechenden Fällen, vom legislativen Standpunkte aus die fragliche Reviſionsobliegenheit nicht ganz verwerfen; ſie möge für jene Fälle, wo das Berichtigungsverfahren (die einfache Kontrolle) nicht möglich iſt, d. h. jene Fälle, wo die unrichtige Qualifikation ſchon in den Fragen enthalten war und der Gerichtshof dieſen Fehler erſt nach Verkündung des Wahrſpruches entdeckt, ausgeſprochen werden, obwohl von ihrer Wirkſamkeit ſehr wenig zu erwarten ſein dürfte; wir wollen dem Gerichtshofe nicht zumuthen, daß er ſeiner Entſcheidung eine von ihm als unrichtig erkannte Qualifikation zu Grunde lege; er habe die Befugniß der Korrektur, ſeien auch die Fälle noch ſo ſelten, wo er in der zwölften Stunde erkennt, daß die bisherige Qualifikation irrthümlich ſei, er korrigire ſich ſelbſt und den Wahrſpruch! — Allein wozu der Umweg über dieſe Obliegenheit, um von der unrichtigen Qualifikation zur Richtigkeits-

1) Unanfechtbar iſt nur die Thatfrageentſcheidung, jedoch nicht aus anderen Gründen, als auch die Thatfrageentſcheidung eines rechtsgelehrten Richterkollegiums unanfechtbar iſt; überdies iſt auch die Thatfrageentſcheidung einer jury ex capite novorum ebenſo anfechtbar, wie die eines ſolchen Kollegiums. S. I. Abtheilung §. 30 und 36 und das folgende Kapitel. A. v. Hye-Glunek in ſeinen „leitenden Grundſätzen der öſterreich. St.-P.-O. vom 29. Juli 1853. Wien 1854. S. 239 polemiſirt gegen die franzöſiſche Einrichtung des Kaſſationshofes und implicite auch gegen das Geſchwornengericht damit, daß das Volk „nie begreifen werde, daß ihm die Hilfe (bei den höheren Behörden gegen ein Unrecht ſeitens eines unteren Gerichts) aus dem Grunde verſagt werden könne, weil das höhere Gericht gewiſſe Entſcheidungs-Momente der unteren Gerichtshöfe als — infallibel anerkennen müſſe.“ Wir möchten doch endlich einmal wiſſen, welcher vernünftige Juriſt den Wahrſpruch einer jury oder die Thatfrageentſcheidung eines rechtsgelehrten Richterkollegiums für „infallibel“ erklärt habe! Hye-Glunek ſcheint den Unterſchied zwiſchen Unanfechtbarkeit und „Infallibilität“ überſehen zu haben.

beſchwerde zu gelangen? Es iſt allerdings richtig, daß vielleicht in den meiſten Fällen die unrichtige Qualifikation nicht durch die Schuld der Geſchwornen, ſondern des Gerichtshofes (bei der Frageſtellung) veranlaßt werde. Allein die poſitive Darlegung der Qualifikation iſt doch immer erſt im Wahrſpruche enthalten, wenn auch nur in der Form des einfachen „Ja" auf die Frage.

Es liegt in der Natur der Sache, daß die Nichtigkeitsbeſchwerde wegen unrichtiger Qualifikation der Handlung bei einer Geſetzgebung, die dieſem Beſtandtheile des Geſammturtheils im Wahrſpruche ſeinen Platz angewieſen hat, — auch direkt und unmittelbar gegen den Wahrſpruch d. h. unmittelbar auf Grund der unrichtigen Qualifikation geſtattet werde, — und dies in der Natur der Sache Liegende zu legislativer Anerkennung zu bringen, iſt eben der Zweck vorſtehender Erörterung, durch welche die Sache nach unſerem Dafürhalten genugſam evident geſtellt ſein dürfte. — Es übrigt daher nur noch, die verſchiedenen Arten im Einzelnen durchzugehen, in denen eine unrichtige Qualifikation vorkommen kann, und zu prüfen, ob überall die Nichtigkeitsbeſchwerde möglich ſei.

Was nun A., die ſchwurgerichtlichen Fälle betrifft, ſo kann hier eine unrichtige Qualifikation auf viererlei verſchiedene Weiſe vorkommen.

I. Die im Wahrſpruche enthaltene unrichtige Qualifikation war ſchon in der Anklageſchrift und im Verweiſungserkenntniſſe in gleicher Weiſe enthalten, wie in dem Endurtheile[1]) Es laſſen ſich hier wieder mehrere Fälle denken: 1) der Angeklagte hat ſchon das Verweiſungserkenntniß mit der Nichtigkeitsbeſchwerde wegen der unrichtigen Qualifikation angefochten (natürlich ohne Erfolg). Kann der Angeklagte dieſelbe im Wahrſpruche enthaltene Qualifikation nach gefälltem Endurtheile noch einmal mit der Nichtigkeitsbeſchwerde anfechten, wenn auch die Hauptverhandlung der

1) Es verſteht ſich wohl von ſelbſt, daß die Unrichtigkeit der Qualifikation evident ſein, d. h. daß nicht bloß die Qualifikation, ſondern auch das factum qualificatum vorliegen müſſe. Nicht minder muß bei dieſem unſerem Nichtigkeitsgrunde überall ſelbſtverſtändlich vorausgeſetzt werden, daß die unrichtige Qualifikation zu einer ungerechten Strafe geführt habe. Wenn die Strafe bei der richtigen Qualifikation dieſelbe wäre, wie die verhängte, dann iſt die Nichtigkeitsbeſchwerde nicht zu geſtatten.

Sache in Bezug auf das im Verweisungserkenntnisse angeführte faktische Material nichts relevantes Neues ergeben hat? Gesetzt, die Qualifikation sei wirklich unrichtig, und der Präsident (wie auch der Gerichtshof) habe die Unrichtigkeit erkannt, — durfte er sie bei der Fragestellung berichtigen? Ist er nicht an den Ausspruch des Kassationshofes gebunden, welcher die fragliche Qualifikation gebilligt und die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen hat? Wir glauben, der Präsident resp. der Gerichtshof sei an die Ansicht des Kassationshofes bei der Fragestellung nicht gebunden; er dürfe selbst ohne deßfallsigen Antrag des Angeklagten oder Staatsanwaltes die Qualifikation berichtigen, und der Angeklagte sowie der Staatsanwalt seien berechtiget, auf Grund der vom Präsidenten resp. Gerichtshofe nicht korrigirten, unrichtigen Qualifikation das Endurtheil mit der Nichtigkeitsbeschwerde noch einmal anzufechten; — und zwar aus dem Grunde, weil das erkennende Gericht, einerlei ob Bezirksgericht oder Schwurgericht, in der materiellen Beurtheilung der vor ihm verhandelten Strafsachen durch den Inhalt der Verweisungsbeschlüsse, gleichviel woher sie kommen, durchaus nicht gebunden ist [1]), also auch der Schwurgerichtspräsident bei der Fragestellung, welche ein wesentlicher, entscheidender Bestandtheil dieser materiellen Beurtheilung ist, berechtiget resp. verpflichtet war, die in dem Verweisungserkenntnisse enthaltene unrichtige Qualifikation zu korrigiren [2]).

2) Der Angeklagte hatte das Verweisungserkenntniß nicht angefochten. Kann er das Versäumte hier nachholen? Steht seiner Nichtigkeitsbeschwerde nicht der Satz entgegen: La nullité est couverte? Wir glauben, daß seine Beschwerde zugelassen werden müsse

1) Die Frage über die Bedeutung und Tragweite der Verweisungsbeschlüsse hat in der neuen bayerischen Jurisprudenz zu mehrfachen interessanten Erörterungen nicht nur über diese Frage selbst, sondern auch über viele andere damit in Zusammenhang stehende wichtige Fragen Anlaß geben. S. Blätter f. Rechtsanwendung Bd. XV. S. 177 ff.; Bd. XVI. Ergänzungsbl. S. 41 ff.; Bd. XVI. S. 385 ff.; Bd. XVII. Nr. 20, 21, 24 und 25 und neuestens St. v. Stengel „die wiederbelebte Instanzentlassung im bayer. Strafverf. ꝛc. München 1854." Vergl. auch Sitzungsber. der bayer. St.-Ger. Bd. II S. 173. — Der Verfasser, von welchem der zweite angeführte Aufsatz in den Bl. f. R.-A. herrührt, gedenkt auf den Gegenstand an einem anderen Orte noch einmal zurückzukommen. —

2) Nach jetzigem bayerischen Rechte kann unserer Ansicht gemäß das Enderkenntniß in diesem Falle wegen unrichtiger Fragestellung mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden.

und zwar aus demſelben sub. Nr. 1 angeführten Grunde[1]). Sie muß auch dann zugelaſſen werden, wenn an den Gerichtshof kein Antrag auf Aenderung der Qualifikation geſtellt wurde, weil kein triftiger Grund vorhanden iſt, ſie nicht in dieſem Falle zuzulaſſen[2]).

II. Die Qualifikation, wie ſie im Verweiſungserkenntniſſe enthalten iſt, erſcheint zwar dem in dieſem angeführten faktiſchen Material gegenüber als richtig, — im Laufe der Hauptverhandlung haben ſich aber neue faktiſche Momente ergeben, zu welchen die Qualifikation des Verweiſungserkenntniſſes nicht mehr paßt, und deſſenungeachtet iſt die Qualifikation im Wahrſpruche dieſelbe geblieben, m. a. W. die Qualifikation erſcheint erſt dem Reſultate der Verhandlung gegenüber als eine unrichtige.

Bei Beantwortung der Frage, ob hier auch die Nichtigkeitsbeſchwerde zuläßig ſei, iſt zu unterſcheiden:

1) es iſt bei der Frageſtellung auf dieſe Reſultate gar keine Rückſicht genommen; es ſind keine hierauf gerichteten weiteren Fragen geſtellt worden; der Präſident reſp. Gerichtshof hat ſich damit begnügt, eine Frage nach Maaßgabe des Verweiſungserkenntniſſes zu ſtellen.

Man ſollte glauben, eine derartige Nichtberückſichtigung des Verhandlungsreſultates müſſe eine Nichtigkeitsbeſchwerde begründen. Allein ihrer Zuläßigkeit ſteht alles dasjenige entgegen, was oben §. 44 bemerkt worden iſt. Es mag an den Gerichtshof ein Antrag auf Stellung einer weiteren Frage nach Maaßgabe des Verhandlungsreſultates geſtellt worden ſein oder nicht, eine Nichtigkeitsbeſchwerde kann hier nicht geſtattet werden.[3]).

---

1) Weil der Gerichtshof reſp. der Präſident die Qualifikation bei der Frageſtellung zu korrigiren berechtiget und verpflichtet war. Der Beſchwerdeführer braucht alſo bei der Begründung ſeiner Beſchwerde gar nicht auf das Verweiſungserkenntniß zurückzugehen; es fragt ſich nur, ob die in den Fragen aufgeſtellte Qualifikation richtig war.

2) Auch in dieſem Falle könnte das Enderkenntniß nach geltendem bayer. Rechte wegen unrichtiger Frageſtellung mit der Nichtigkeitsbeſchwerde angefochten werden.

3) Die Nichtigkeitsbeſchwerde wäre nur dann ſtatthaft, wenn der Aſſiſenhof verpflichtet wäre, jedem Antrage (des Vertheidigers) auf Stellung einer eventuellen oder Nebenfrage unbedingt Folge zu geben, — und der Hof einem ſolchen Antrage in einem konkreten Falle nicht willfahrt haben würde.

2) Es wurde mit Rückſicht auf das Verhandlungsreſultat eine weitere Frage geſtellt, aber die in dieſer Frage enthaltene Qualifikation iſt eine unrichtige, und gerade dieſe Frage iſt es, die von den Geſchwornen bejaht wurde. In dieſem Falle unterliegt es keinem Zweifel, daß die Nichtigkeitsbeſchwerde ſtatthaft ſei. Denn dieſer Fall unterſcheidet ſich in Nichts von dem oben unter Nro. I. angeführten Falle. Auch hier mag bemerkt ſein, daß die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsbeſchwerde nicht davon abhängt, daß gegen die Frageſtellung ein Antrag auf Aenderung geſtellt worden ſei.

III. Die in dem Verweiſungserkenntniſſe enthaltene Qualifikation war richtig, und die Hauptverhandlung lieferte keine Reſultate zur Stellung weiterer Fragen; gleichwohl wurde eine ſolche geſtellt und gerade dieſe von den Geſchwornen bejaht. Dieſer Fall hat mit dem sub. Nro. II. angeführten Falle die Aehnlichkeit, daß auch hier die Qualifikation dem Verhandlungsreſultate gegenüber als unrichtig erſcheint; beide unterſcheiden ſich aber dadurch von einander, daß dort eine weitere Frageſtellung durch das Verhandlungsreſultat geboten erſcheint, hier aber nicht.

Bei Beantwortung der Frage, ob in dieſem Falle Nichtigkeitsbeſchwerde ſtatthaft ſei, muß unterſchieden werden, ob die Qualifikation im Hinblick auf die in der bejahten Frage aufgeführten faktiſchen Momente als unrichtig erſcheine, zu dieſen nicht paſſe, ob ſich alſo die Unrichtigkeit der Qualifikation aus der Frage ſelbſt entnehmen laſſe, — oder nicht. Letzteren Falles, wenn die in der Frage aufgeſtellte Qualifikation zu den in derſelben angeführten Thatſachen paßt, (— nicht aber zum wirklichen Sachverhälte —), — muß die Nichtigkeitsbeſchwerde für unſtatthaft erklärt werden, weil der Kaſſationshof eben ſo wenig prüfen kann, ob keine Anhaltspunkte zur Stellung der weiteren Frage vorhanden geweſen, als er prüfen kann, ob ſolche vorhanden geweſen. Ein Rekurs gegen die Verwerfung des Antrags auf Nichtſtellung einer weiteren Frage iſt aus denſelben Gründen unmöglich, aus welchen ein Rekurs gegen die Verwerfung eines Antrags auf Stellung einer weiteren Frage unmöglich iſt.

Ergibt ſich aber die Unrichtigkeit aus der Frage ſelbſt, paßt die Qualifikation zu dem factum qualificatum nicht, — dann ſteht der Nichtigkeitsbeſchwerde nichts entgegen. Endlich

IV. die Fragen enthalten ganz richtige Qualifikationen, die

unrichtige Qualifikation ist erst durch die Geschwornen herbeigeführt worden. Es liegt also hier eine unrichtige Beantwortung richtiger Fragen vor, und die Unrichtigkeit besteht wie in allen übrigen Fällen darin, daß die rechtliche Qualifikation zu den im Wahrspruche festgestellten Thatsachen nicht paßt.

Die Anwendbarkeit des Art. 196 des bayer. Ges. v. 10. Nov. 1848 auf alle Fälle, wo diese Disharmonie nicht schon in den Fragen vorliegt, wurde bereits oben dargethan, und man wird in diesen Fällen darauf rechnen können, daß er in der Regel wirklich Anwendung finden werde. Denn die richtige Qualifikation d. h. die zu den in der Frage angeführten Thatsachen passende, ist hier in der Frage aufgestellt, und es kann dem Präsidenten nicht leicht entgehen, wenn dann die Qualifikation in dem Wahrspruche unrichtig ist, d. h. wenn sie zu den in diesem festgestellten Thatsachen nicht paßt. Ein solches Uebersehen ist um so weniger wahrscheinlich, als eine unrichtige Qualifikation in unserem Falle nie vorkommen wird, wenn die Geschwornen die einzige an sie gestellte Frage einfach bejahen, sondern immer nur dann möglich ist, wenn sie die Frage theilweise verneinen z. B. auf die Frage: „Ist X schuldig, das Verbrechen des Mordes dadurch begangen zu haben, daß er dem y mit einem Beile auf den Kopf geschlagen, in Folge dessen dieser nach 4 Stunden gestorben, und hiebei mit Vorbedacht und Ueberlegung gehandelt hat" — antworten: „Ja! — aber ohne Vorbedacht und Ueberlegung." Durch eine solche theilweise Verneinung wird der Präsident von selbst zur Prüfung aufgefordert, ob nun die nach Abzug der verneinten Thatsachen noch übrig bleibenden affirmirten zu der unverändert gelassenen Qualifikation noch passen.

Indessen glauben wir, daß dieses Hilfsmittels ungeachtet auch in den bezeichneten Fällen die Nichtigkeitsbeschwerde unmittelbar auf Grund der unrichtigen Qualifikation (als error in judicando) zu gestatten sei, — weil eben nur dies der Natur der Sache vollkommen entspricht, und, wie schon mehrmals bemerkt wurde, der gerade und kürzere Weg immer einem Umwege vorzuziehen ist, wenn jener ohne irgend eine wirkliche Schwierigkeit gangbar ist.

Als ein besonderer Fall von unrichtiger Qualifikation, ebenfalls durch Schuld der Geschwornen herbeigeführt, muß folgender angeführt werden: Es werden an die Geschwornen mehrere Hauptfragen gestellt, welche den verschiedenen Thatsachen gemäß auch verschiedene

rechtliche — und wie wir hier annehmen: richtige — Qualifikationen enthalten und sich einander widersprechen. Es versteht sich von selbst, daß die späteren Fragen zu den früheren im Eventualitätsverhältnisse stehen d. h. nur für den Fall gestellt sind und beantwortet werden können, daß die vorausgehenden (principalen oder präjudicirenden) verneint würden. Wenn nun die Geschwornen die eventuellen und die präjudiciellen zugleich bejahen, so werden damit mehrere sich einander widersprechende Qualifikatioen aufgestellt, ebenso wie sich auch die qualificirten Thatsachen, die in den mehreren Fragen enthalten sind, einander widersprechen. Die mehreren widersprechenden Qualifikationen heben sich hier einander auf und es ist eigentlich gar keine Qualifikation da, welcher Fall der unrichtigen Qualifikation, wie oben geschehen, rechtlich gleichzustellen ist.

Die Frage, ob auch in diesen Fällen (sub. Nro. IV.) die Nichtigkeitsbeschwerde statthaft sei, wenn es der Präsident resp. der Gerichtshof unterlassen hat, die Bestimmung des Art. 196 zur Berichtigung des Wahrspruches in Anwendung zu bringen, muß unbedingt bejaht werden.

Die Beschwerde könnte hier schon wegen Verletzung einer wesentlichen Prozeßschrift (Nichtanwendung des Berichtigungsverfahrens) erhoben werden. Wir glauben uns aber auch bei diesen Fällen für die unmittelbare Anfechtung des Wahrspruches aussprechen zu müssen, indem in ihm die unrichtige Qualifikation zunächst enthalten ist.

§. 47.

Was sodann B. die korrektionellen Straffachen betrifft, so soll auch hier — und zwar ganz unter denselben Voraussetzungen und Bedingungen, wie bei den schwurgerichtlichen — die Nichtigkeitsbeschwerde (anstatt der Berufung)[1] wegen unrichtiger juristischer Qualifikation statthaft sein. Dabei versteht es sich wohl von selbst, daß hier nur von erstrichterlichen oder bezirksgerichtlichen Urtheilen die Rede sein kann, indem eine Zwischeninstanz zwischen dem zuerst erkennenden und dem Gerichte, an welches die Nichtigkeitsbeschwerde

1) Es sei gestattet, hier daran zu erinnern, daß in der braunschweigischen Strafprozeßordnung, welche das Rechtsmitel der Berufung nicht kennt, die Nichtigkeitsbeschwerde gegen die erstinstanzlichen Urtheile in den korrektionellen Straffachen eben so zuläßig ist, wie gegen die schwurgerichtlichen Urtheile.

geht, nach unſeren in der I. Abtheilung §§. 38 und 39 gemachten Vorſchlägen nicht beſtehen würde.

Fragen wir nun aber, inwieferne bei den bezirksgerichtlichen Strafſachen eine unrichtige Qualifikation vorkommen könne, ſo lautet die Antwort hier natürlich viel kürzer und einfacher, als bei den ſchwurgerichtlichen. Da es nämlich bei den korrektionellen Strafſachen keine Mitwirkung der jury gibt, ſo kann hier auch von einer unrichtigen Qualifikation bei der Frageſtellung und in dem Wahrſpruche nicht die Rede ſein.

Eine unrichtige Qualifikation kann hier nur auf zweierlei Weiſe vorkommen:

I. Die im Endurtheile enthaltene unrichtige Qualifikation war ſchon im Verweiſungsbeſchluſſe enthalten. Wir glauben, daß hier, wie in den ſchwurgerichtlichen Fällen, die Nichtigkeitsbeſchwerde gegen das bezirksgerichtliche Urtheil zuläſſig ſei, und zwar ohne Unterſchied, ob der Angeklagte den Verweiſungsbeſchluß wegen der unrichtigen Qualifikation bereits (ohne Erfolg) angefochten habe oder nicht [1]).

II. Die Handlung war im Verweiſungsbeſchluſſe richtig qualificirt, d. h. die Qualifikation war dem factum angemeſſen, — im Endurtheile befindet ſich aber eine unrichtige Qualifikation.

Es kann hier nicht von dem Falle die Rede ſein, wo die geänderte Qualifikation zu dem factum qualificatum d. h. zu den im Erkenntniſſe feſtgeſtellten Thatſachen paßt. Dieſe thatſächlichen Feſtſtellungen mögen der Wirklichkeit entſprechen oder nicht, — die Nichtigkeitsbeſchwerde gegen das Erkenntniß kann niemals auf eine „unrichtige Qualifikation" gegründet werden. Unter der Vorausſetzung aber, daß die Qualifikation den im Erkenntniſſe feſtgeſtellten Thatſachen nicht angemeſſen iſt, kann die Zuläſſigkeit der Nichtigkeitsbeſchwerde nicht beſtritten werden.

Dagegen kann eine Nichtigkeitsbeſchwerde deßhalb nicht erhoben werden, weil das Gericht durch einen Irrthum in der Feſtſtellung von Thatſachen zu der, wenn auch den feſtgeſtellten Thatſachen, ſo doch nicht dem wirklichen Sachverhalte entſprechenden Qualifikation gelangt ſei. Denn die Prüfung einer ſolchen Beſchwerde würde zu einem Eingehen in das faktiſche der Strafſache führen, — was, wie ſchon

1) Ueber die Nichtigkeitsbeſchwerde gegen Verweiſungsbeſchlüſſe in den bezirksgerichtlichen Fällen ſ. unten den III. Abſchnitt.

öfters bemerkt wurde, dem Obergerichte nicht möglich ist. Dieses muß die im Erkenntnisse festgestellten Thatsachen überall für wahr annehmen, und kann nur das untersuchen, ob die Qualifikation diesen Thatsachen angemessen sei. Ob sie der Wirklichkeit entspreche, kann und darf es nicht untersuchen [1]).

§. 48.

2. Unrichtigkeit im Ausspruche über die Straffrage.

Die zweite Klasse von Fehlern bei der Urtheilsfällung besteht aus denjenigen Fehlern, die sich auf die Entscheidung der Straffrage beziehen. Bei diesem Bestandtheile des Gesammturtheils sind folgende juristische Fehler möglich. Man muß unterscheiden zwischen dem Falle einer verneinenden oder bejahenden Entscheidung der Schuldfrage (des Verdicts), weil diese Entscheidung zur Entscheidung der Straffrage im Verhältniß des Bedingenden zum Bedingten steht.

Was nun I. den Fall eines verneinenden Wahrspruches betrifft, so kann bei der Entscheidung der Straffrage auf zweierlei Weise gefehlt worden sein: nämlich 1) wenn entweder anstatt eines von der Anklage freisprechenden Erkenntnisses (acquittement) bloß ein von der Strafe freisprechendes (absolution) gefällt wurde oder etwa gar 2) ein Strafurtheil. In beiden Fällen liegt eine offenbare Unrichtigkeit in der Entscheidung der Straffrage vor, indem regelmäßig durch einen verneinenden Wahrspruch (durch die gänzlich negativ lautende Entscheidung der Schuldfrage) die Erwägung der Fragen völlig ausgeschlossen wird, welche Strafe über den Angeklagten zu verhängen oder ob etwa in concreto ein Strafaufhebungsgrund vorhanden sei, so daß bei einem solchen Wahrspruche eine bloße absolution ebenso unstatthaft ist, wie ein Strafurtheil. Inwieferne ausnahmsweise 3) ungeachtet eines verneinenden Wahr-

1) Die Polemik Hye-Glunek's a. a. O. S. 238 gegen diese Einrichtung (des franz. Rechts) ist gänzlich verfehlt. Wenn etwas unmöglich ist und „das Volk" dies nicht begreift, so ist dies zwar sehr zu beklagen; das Unmögliche kann aber deßhalb doch nicht möglich gemacht werden. Es handelt sich eben hier nicht um eine „Idolatrie für ein fremdländisches Institut" und es wird hier „einer bloßen Formalität" Nichts geopfert. Es sind vielmehr die natürlichen Grenzen der Urtheilsanfechtbarkeit, durch welche in einem Strafprozeßrechte, welches keine bindende Beweistheorie kennt, die Möglichkeit einer Aenderung der Thatfrageentscheidung durch die Kassationshöfe ausgeschlossen wird.

ſpruches (d. h. einer verneinenden Beantwortung der an die Geſchworenen gerichteten Frage) dennoch ein Strafurtheil geſprochen werden könne und müſſe, inwieferne alſo auch ein acquittement in Folge eines verneinenden Wahrſpruches fehlerhaft ſein könne, darüber wird unten §. 57 das Nöthige auseinandergeſetzt werden. In der Regel muß ein auf Strafe oder absolution lautendes Erkenntniß des Gerichtshofes im Falle eines verneinenden Wahrſpruches als error in judicando, ſomit als Grund zur Erhebung der Nichtigkeitsbeſchwerde Geltung haben[1]).

Was ſodann II. den Fall eines bejahenden Wahrſpruches betrifft, ſo ſind hier folgende Fehler in der Entſcheidung über die Straffrage denkbar:

1) Vor Allem wäre es ein offenbarer Fehler, wenn ungeachtet jenes Wahrſpruches ein acquittement erlaſſen würde, indem dieſes überall einen durchaus verneinenden Wahrſpruch vorausſetzt.

2) Fehlerhaft kann aber im Falle eines bejahenden Wahrſpruches auch die Freiſprechung von der Strafe (absolution) ſein, und zwar auf zweierlei Art:

a) wenn der Gerichtshof irrthümlicher Weiſe annahm, daß die Handlung, deren der Angeklagte im Wahrſpruche für ſchuldig erklärt worden, durch keine Beſtimmung der poſitiven Straf-Geſetzgebung mit Strafe bedroht ſei, — oder

b) wenn der Gerichtshof irrthümlich annahm, daß im konkreten Falle ein Grund vorliege, durch welchen die Strafbarkeit der in abstracto ſtrafbaren Handlung nach dem poſitiven Rechte aufgehoben wird, z. B. Verjährung[2]).

---

1) Dieſer Grundſatz iſt auch in allen Geſetzgebungen ohne Ausnahme anerkannt; wenn auch nicht ausdrücklich. Der Fall, daß der Präſident oder das Gericht nach einem ganz verneinend lautenden Wahrſpruche etwas Anderes, als eine Freiſprechung von der Anklage ausſpräche, dürfte übrigens nicht leicht vorkommen. Daß aber in einem ſolchen wirklich vorkommenden Falle die Nichtigkeitsbeſchwerde ſtatthaft ſei, verſteht ſich ſo ſehr von ſelbſt, daß wir dieſen Fall ganz mit Stillſchweigen übergangen haben würden, wenn ſeine Aufführung nicht durch das Erforderniß der Vollſtändigkeit geboten wäre.

2) Ueber die Faſſung des Art. 364 C. J. und das bayer. Geſ. v. 10. Nov. 1848 Art. 202 ſ. oben §. 45 Anmerk. Zweckmäßig iſt die Faſſung des k. ſächſ. Entw. Art. 292 Abſ. 3: „Iſt das Gericht der Meinung, daß der Strafantrag rechtlich unzuläſſig ſei, ſo hat es den Angeklagten für ſtraffrei zu erklären. (Straffreiſprechung)."

Der Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes[1]) gegen das von der Strafe freisprechende Erkenntniß steht offenbar kein Hinderniß entgegen.

3) Eine Verurtheilung zu einer Strafe kann ebenfalls in zwei Fällen unstatthaft sein: nämlich

a) wenn die Handlung, deren der Angeklagte im Wahrspruche für schuldig erklärt worden, durch kein Strafgesetz verboten ist, und

b) wenn im konkreten Falle ein Strafaufhebungsgrund vorlag.

Staatsanwalt und Angeklagter können in diesen beiden Fällen die Nichtigkeitsbeschwerde erheben[2]).

4) Wenn auch dagegen nichts einzuwenden ist, daß der Angeklagte zu einer Strafe verurtheilt worden, so kann das Strafurtheil doch fehlerhaft sein, wenn nämlich die durch dasselbe verhängte Strafe nicht die den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende ist. Dieser Fehler kann auf dreierlei Weise vorkommen.

a) so, daß der Angeklagte zu einer nach Lage der Sache ungehörigen Strafart verurtheilt worden ist z. B. anstatt zu einer zeitlich bestimmten zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe, oder

b) so, daß entweder das gesetzliche maximum oder minimum der in Anwendung zu bringenden Strafe überschritten worden ist, oder endlich

c) so, daß zwar der gesetzliche Strafrahmen eingehalten, die Strafe aber innerhalb dieses Rahmens zu groß oder zu gering gegriffen ist.

In den beiden ersten Fällen steht der Nichtigkeitsbeschwerde nichts entgegen[3]). Der Fehler, auf den sie sich stützt, ist ein greifbarer, vollkommen ersichtlicher, leicht darstellbar. Nicht so im dritten Falle. Die Strafausmessungsgründe sind rein faktische Umstände und Verhältnisse, deren Annahme oder Nichtannahme wie die der Schuld selbst dem

---

1) Ueber die Frage, ob auch dem Angeklagten gegen die absolution (von der Strafe freisprechendes Erkenntniß) die Nichtigkeitsbeschwerde zu gestatten sei und in wie weit, s. unten §. 56. Vergl. C. J. Art. 410 Abs. 2; bayer. Ges. vom 10. Nov. 1848 Art. 234; k. sächs. Entwurf Art. 323, II. 1.

2) Ausdrücklich erwähnt ist dieser 3. Fall im k. sächs. Entwurfe Art. 323 III., 1; die Nichtigkeitsbeschwerde ist aber hier nur dem Angeklagten gestattet.

3) C. J. Art. 410 Abs. 1.

richterlichen Gutdünken überlaſſen werden muß, nicht an ein beſtimmtes quantum und quale von Beweis gebunden ſein darf. In der Strafausmeſſung liegt immer die Entſcheidung von einer größeren oder geringeren Zahl von Thatfragen z. B. ob der Angeklagte einen guten oder ſchlechten Leumund beſitzt, ob der Reiz zum Verbrechen ein ſtarker oder ſchwacher war. Auf eine angeblich unrichtige Ausmeſſung der Strafe innerhalb des geſetzlichen Strafrahmens kann alſo eine Anfechtung des Urtheils ebenſowenig gegründet werden, als auf eine angeblich unrichtige Entſcheidung der Schuldfrage[1]).

5) Eine Unrichtigkeit in dem Strafurtheile kann endlich auch darin liegen, daß eine unpaſſende Geſetzesſtelle allegirt wird. Inſoferne nun ein ſolcher Irrthum keinen materiellen Einfluß auf das Urtheil gehabt hat, mithin iſolirt ſteht, räumen ihm die poſitiven Geſetze mit Recht nicht die Wirkung einer Nichtigkeit des Urtheils ein[2])

§. 49.

2. Fehler gegen proceſſualiſche Vorſchriften.

1) Hiſtoriſche Vorbemerkung.

Der zweite Hauptfall des juriſtiſchen Fehlers iſt der, wenn eine proceſſualiſche Vorſchrift verletzt wird. Die Begrenzung der Zuläſſigkeit der Nichtigkeitsbeſchwerde in dieſem Falle wurde von jeher als eine der ſchwierigſten Aufgaben der Strafprozeßgeſetzgebung betrachtet.

In allen uns bekannten Strafprozeßordnungen gibt es Vorſchriften, deren Verletzung den betheiligten Perſonen das Recht, auf Vernichtung des einer ſolchen fehlerhaften Procedur nachfolgenden Urtheiles anzutragen, begründet, wenn auch die Art und Weiſe, auf welche die Vernichtung herbeigeführt wird, ſowie die Zahl der Fälle, in denen ſie Statt finden ſoll, in den verſchiedenen Rechten ſehr verſchieden ſind.

---

1) Daß aus der Ausmeſſung der Strafe innerhalb der geſetzlichen Schranken kein Nichtigkeitsgrund entnommen werden könne, ſagen auch die deutſchen Strafprozeßordnungen ausdrücklich; ſo z. B. das bayer. Geſ. v. 10. Nov. 1848 Art. 232 a. E.; braunſchweig. St.-P.-O. §. 158 Nr. 3.

2) C. J. Art. 411; bayer. Geſ. v. 10. Nov. 1848 Art. 232. Warum aber der Code d'instr. crim. hier von einem „prétexte" und ihm nach das bayer. Geſ. von einem „Vorwande" ſprechen, vermögen wir nicht einzuſehen.

Wenn es auch unnütz wäre, hier bei den deßfallsigen Bestimmungen des römischen und kanonischen sowie des älteren deutschen und französischen Rechtes zu verweilen, indem dieselben zur Lösung der fraglichen Schwierigkeiten Nichts beizutragen vermöchten, so glauben wir dagegen an der früheren gemeinrechtlichen Doktrin nicht vorübergehen zu dürfen, da diese sich mit vorliegender Frage, welche für jede Prozeßart von großer Wichtigkeit ist, sehr ernstlich beschäftiget hat, und wir hier schon beinahe ganz dieselben Fragen und Schwierigkeiten finden, über welche bis zur Stunde weder die englische und französische, noch auch die dieser folgende neuere deutsche Gesetzgebung hinaus gekommen sein dürften.

Die gemeinrechtliche Doktrin fand bei der Ausbildung der Lehre von den Nichtigkeiten des Verfahrens in Strafsachen nur sehr wenige und unbedeutende Anhaltspunkte in den geschriebenen Quellen des gemeinen Rechtes. Die oben angeführte Bestimmung der R. K. G. O. v. 1555 gab zwar, wie bemerkt, der Nichtigkeitsbeschwerde ihre Existenz als besonderes selbstständiges Rechtsmittel; allein mit der näheren Bestimmung dieser Existenz blieb das Reichsgesetz fast gänzlich im Rückstande.

Wenn nun auch von älteren und neueren Schriftstellern außer den Reichsgesetzen auch auf einzelne Stellen der römischen und kanonischen Rechtsbücher Bezug genommen und in denselben Anhaltspunkte für ihre Theorie gesucht wurden[1]), so blieb doch diese Theorie im Wesentlichen nur Ausfluß aus einer anderen Rechtsquelle, nämlich aus der Natur der Sache.

Diese Theorie besteht nun ihrer letzten Gestaltung[2]) nach kurz in Folgendem. Man geht von der Anerkennung der Nothwendigkeit aus, daß sich das Strafgericht in dem Verfahren an die hiefür bestehenden rechtlichen Normen halte, und spricht im Allgemeinen dem von diesen Normen abweichenden Verfahren die rechtliche Giltigkeit ab[3]).

1) Vergl. z. B. Martin Lehrb. des teutschen gem. Criminalproc. 4. Aufl. 1836. §. 164 und §. 10. —

2) Wir hielten es für unnütze Weitläufigkeit, wenn wir uns auf die älteren Schriftsteller einlassen würden, zumal bei ihnen die vorwürfige Materie meist nur wenig ausgebildet erscheint.

3) Vergl. Martin a. a. O. §. 10; Abegg Lehrb. §. 64 und 69, §. 188. W. Müller Lehrbuch §. 90. Mittermaier deutsch. Stverf. §. 35 und §. 204; Heffter Lehrb. 5. Aufl. S. 551 und S. 484—486. —

Dieſes allgemeine Princip erhält ſodann ſeine nähere Beſtimmung durch folgende Sätze: 1) nicht Alles, was in einem Strafverfahren von Seite des Gerichts vorzunehmen iſt, kann im Voraus poſitiv rechtlich normirt werden; viele gerichtliche Handlungen müſſen ſowohl bezüglich ihrer Form als auch ihrer Zuläſſigkeit dem richterlichen Ermeſſen anheimgeſtellt werden; es kann alſo hier von einer Abnormität und Ungiltigkeit der Handlung nicht die Rede ſein[1]); 2) aber auch bei den rechtlich nothwendigen und beſtimmt formulirten Normen für das Verfahren kann die Wirkung ihrer Verabſäumung nicht überall dieſelbe ſein[2]). Es wird hier vielmehr nach der Wichtigkeit der verletzten Norm unterſchieden zwiſchen 1) den für das Strafverfahren überhaupt weſentlichen und 2) außerweſentlichen Normen.

Zu 1) Die Verletzung einer weſentlichen Norm, es mag dieſelbe nun durch ein poſitives geſchriebenes Geſetz als unerläßlich bezeichnet ſein oder nach dem Zwecke des Strafverfahrens als ſolche erſcheinen, hat überall Ungiltigkeit des betreffenden Beſtandtheiles des Verfahrens zur Folge. Es ſoll hiebei ganz gleichgiltig ſein, ob dieſe Folge an die Verletzung der (poſitiv —) weſentlichen Norm vom Geſetze ausdrücklich geknüpft ſei oder nicht, indem ſie ja auch bei der Verletzung einer bloß natürlich weſentlichen Norm eintritt.

Allein auch bei den weſentlichen Normen wird weiter unterſchieden, ob die Verletzung in der Unterlaſſung einer weſentlich nothwendigen Handlung beſtehe, oder in der fehlerhaften Art und Weiſe ihrer Vornahme. Man nennt den erſten Fall Unvollſtändigkeit, den zweiten Unförmlichkeit und beſtimmt nun die weitere Folge der Ungiltigkeit des Fehlerhaften dahin, daß erſteren Falles wo möglich die Nachholung des Mangelnden, letzteren Falles die Vornahme der fraglichen Handlung in der normalen Weiſe zu bewerkſtelligen ſei. In beiden Fällen aber ſoll, wenn das Reſultat des richtigen Verfahrens von dem früheren Reſultate abweiche, nicht dieſes, ſondern jenes das maaßgebende ſein[3]).

Gegen umfaſſendere Vernichtungen hegt die gemeinrechtliche Theorie eine entſchiedene Abneigung; ihre Tendenz geht überall auf die ſoge-

1) Mittermaier d. Strafverf. §. 35. S. 222. Martin a. a. O. §. 10.
2) Müller a. a. O. §. 90.
3) Abegg §. 188 in der Anmerk.

nannte Heilung der Nichtigkeiten und Aufrechthaltung des Verfahrens [1]).

Zu 2) Bei der Verletzung einer bloß außerwesentlichen Norm beruhigt sie sich daher natürlich noch viel leichter.

Was sodann die Kardinalfrage der ganzen Lehre von der Nichtigkeit wegen prozessualischer Fehler betrifft, nämlich die Frage, welche Normen wesentlich und welche unwesentlich seien, — so hat sich die gemeinrechtliche Doktrin auch mit ihr beschäftiget. Allein das Resultat davon ist nicht von der Art, daß die neuere Gesetzgebung an demselben eine bedeutende Erleichterung in der Lösung ihrer Aufgabe, die Lehre von der Nichtigkeit gehörig festzustellen, fände. Auch würde die Praxis z. B. in Frankreich oder in einem deutschen Staate wenig Anhaltspunkte zur Entscheidung im Einzelnen finden, welche Norm als wesentliche und welche als unwesentliche zu betrachten sei. Denn wenn auch die letzten Darstellungen des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts in der Hauptsache darüber einig sind, was wesentlich sei und was nicht, so fehlt es doch hierin entweder gerade an Feststellungen im Detail oder an der nöthigen Uebereinstimmung im Einzelnen.

Der Gesetzgeber, welcher bestimmen will, welche Verletzungen prozessualischer Vorschriften die Nichtigkeitsbeschwerde begründen sollen, oder dem Richter, welcher über eine Nichtigkeitsbeschwerde entscheiden soll, nützt es z. B. gewiß sehr wenig, wenn er bei Abegg deducirt findet, daß die Untersuchung, die Urtheilsfällung und die Urtheilsvollstreckung „wesentliche Bedingungen der Ausübung der Strafrechtspflege" seien. Indessen kann daraus der gemeinrechtlichen Doktrin kein besonderer Vorwurf gemacht werden. Die vorliegende Frage hat erst durch die Einführung des englisch-französischen Strafverfahrens so hervorragende Wichtigkeit erhalten.

Die frühere Strafprozeßtheorie hatte daher auch keinen so dringenden Anlaß, allem Zweifel in dieser Sache ein Ende zu machen und mit derselben bis auf's Kleinste vollständig in's Reine zu kommen. Mittermaier, welcher selbst eine Monographie über die Nichtigkeiten in Strafsachen geschrieben [2]), bemerkt neuerlich, daß

1) Müller §. 90.

2) Dissertatio de nullit. in causis crim. Heidelb. 1809.

„das bisherige System der Nichtigkeiten im deutschen schriftlichen Untersuchungsprozesse nicht ausreichen könne“ [1]).

Lehrreich ist dagegen die betreffende Geschichte des französischen Rechts seit der Einführung des Geschwornengerichts in Frankreich, und mit Recht weist Mittermaier „den Blick der deutschen Juristen vorzüglich auf Frankreich und die in diesem und jenen Ländern, wo das mündliche Verfahren und Schwurgerichte seit längerer Zeit bestehen, ausgebildete Gesetzgebung und Rechtsübung“ hin. Wir wollen diese Geschichte hier in Kürze betrachten.

§. 50.

Fortsetzung: Das französische Recht.

Nach der Ordonnanz von 1670 (Louis XIV.) gab es zweierlei Nichtigkeiten — vollständige, wo der ganze Prozeß nichtig war, und theilweise, wo der Prozeß nur vom nichtigen Akte an erneut wurde. Hatte der Richter die Nullität verschuldet, so fielen ihm in beiden Fällen die Kosten zur Last. Nichtigkeit der ersten Art war vorhanden, wenn eine formalité essentielle verletzt war. Zu diesen Formalitäten rechnete man die Bestimmungen über die Zuständigkeit der Gerichte und diejenigen, welche zur substance du procès gehören, z. B. die Feststellung des corpus delicti, das Verhör, die Anhörung des Staatsanwalts. Nichtigkeit der zweiten Art war vorhanden, wenn eine Form verletzt wurde, die für nothwendig galt zur Regelmäßigkeit eines gewissen Aktes (formes nécessaires á la regularité de certains actes, soit, wie Morin bemerkt, comme consitutifs par eux-mêmes d'un élément d'instruction, soit comme instruments de preuve.)

Das Dekret der Nationalversammlung vom 8. und 9. Oktober 1789 verordnete in Art. 27, daß die von ihm vorgeschriebenen Formen bei Strafe der Nichtigkeit zu beobachten seien, ohne aber die gehörige Unterscheidung nach der Wichtigkeit der verschiedenen Formen zu treffen. Die Gesetzgebung von 1791 machte zwar diesen Unterschied, indem sie die Vernichtung der Urtheile auf den Fall beschränkte, wenn wesentliche Formen im Verfahren (formes essentielles dans l'instruction du procès) verletzt oder nicht beobachtet worden, allein sie blieb nicht nur jeden näheren Aufschluß darüber schul-

1) Im Gerichtssaal II. Jahrg. Aprilheft „das System der Nichtigkeiten wegen Verletzungen von Formvorschriften im Strafprozesse ꝛc. S. 295.

dig, welche Formen als essentielles zu betrachten ſeien, ſondern ſie legte die Folge der Nichtigkeit überhaupt nur den in den eigentlichen Criminalſachen (nicht in den korrektionellen Strafſachen) vorgekommenen Formverletzungen bei.

In den entgegengeſetzten Fehler verfiel der Code vom 3. brum. IV. Der die Nichtigkeitsgründe angebende Art. 456 führt als ſolchen unter Ziffer 2 auch den auf: lorsque des formes ou procedures, prescrites par la loi sous peine de nullité, avaient été violées ou omises. Nun iſt aber in dieſer Strafprozeßordnung die Nichtigkeit als Folge der Verletzung bei nicht weniger als 129 geſetzlichen Beſtimmungen angeordnet. Nimmt man hiezu noch die in Art. 456 unter Ziffer 3—6 angeführten Nichtigkeitsgründe, die ſich auf die Verletzung von Beſtimmungen beziehen, welche ebenfalls dem Prozeßrechte angehören: nämlich 3) lorsque l'accusé ou le commissaire du pouvoir exécutif ayant requis l'exécution d'une formalité quelconque, á la quelle la loi n'attachait pas la peine de nullité, cette formalité n'avait pas été remplie; 4) lorsque le tribunal criminel avait omis de prononcer sur un réquisitoire quelconque de l'accusé ou du commissaire du pouvoir exécutif; 5) lorsque dans le cas où il en avait le droit, le tribunal n'avait pas prononcé les nullités établies par la loi; 6) lorsqu'il y avait eu contravention auxrègles de compétence établies par la loi, pour la connaissance du délit ou pour l'exercice des différentes fonctions relatives à la procédure criminelle, ou qu'il y avait eu, de quelque manière que ce fût, usurpation de pouvoir[4])———, ſo läßt ſich von vorneherein nicht anders erwarten, als daß die Zahl der Urtheilsvernichtungen unter der Herrſchaft dieſes Geſetzbuches ganz exorbitant werden mußte[2]).

Wenn nun danach die Mehrzahl der Strafurtheile wegen Verletzung von Prozeßvorſchriften vernichtet werden mußten, ſo lag

1) Vergl. Morin Diction. s. v. Nullités pag. 541 und 542.

2) P. Bonnin et E. Lagrange „Comment. du code d'instr. crim. Paris 1845 pag. 387 Note: „Le code du 3. brumaire an IV., art. 456, avait prévenu l'arbitraire des décisions judiciaires en cette matière; il attachait la peine de nullité à un grand nombre de formalités. Mais aussi les arrêts étaient souvent cassés pour des raisons futiles.

darin begreiflich ein dringender Anlaß für die Commiſſion, aus deren Arbeiten ſchließlich der noch heute giltige Code d'instruction criminelle hervorging, ſich aus der Aufſtellung zweckmäßigerer Beſtimmungen hierüber eine Hauptaufgabe zu machen.

Daß aber dieſe Erwartung nicht erfüllt wurde, mögen ſtatt unſer die franzöſiſchen Juriſten ſelbſt bezeugen. So ſagt z. B. Morin[1]): „Le Code d'instr. crim., si longuement élaboré, aurait dû compléter l'oeuvre du législateur de l'an IV. Mais il faut le reconnaître, cette partie importante de notre législation criminelle est restée la plus imparfaite“... War der Code v. 3. brum. IV. mit den Nichtigkeiten zu verſchwenderiſch, ſo iſt der Code von 1808 damit gar zu ſparſam. Er wiederholt nämlich zwar die Beſtimmung: Lorsqu'il y aura eu violation ou ommission de quelques — unes des formalités que le présent Code prescrit sous peine de nullité, cette ommission ou violation donnera lieu.... à l'annulation de l'arrêt de condemnation, et de ce qui l'a précédé à partir du plus ancien acte nut;“ — allein die Zahl der „formalités prescrites sous peine de nullité“ iſt im jüngeren Code viel kleiner, als im älteren[2]).

Dazu kam dann noch die weitere Beſchränkung, daß man nach gefälltem Endurtheile nicht mehr auf ſolche Fehler mit der Nichtigkeitsbeſchwerde zurückgreifen durfte, welche im Stadium der Voruntersuchung vorgekommen waren. Die Verweiſung vor das Schwurgericht durch die Anklagekammer ſoll nach Art. 299 nur dann mit der Nichtigkeitsbeſchwerde angefochten werden dürfen, wenn entweder die Handlung nach dem Geſetze kein Verbrechen (crime) bildet, oder die Staatsbehörde nicht gehört wurde, oder bei dem Beſchluß nicht die gehörige Anzahl von Richtern mitgewirkt hat.

Indeſſen geſtattet Art. 408 doch wieder ganz allgemein die Nich-

1) Dict. s. v. Nullités pag. 542.

2) So bemerkt auch Bonnin l. c.: „Le code de 1808 a diminué sensiblement le nombre des nullités. Il a même été trop facile, puisque la cour suprême a cru devoir être plus sévère.... Marcel de Serres „Manuel de cours d'assises ou examen de la procédure par Jurès Paris 1823 vol. III. p. 181—211 zählt ſie auf. Ebenſo Rüttimann in ſeinen Erläuterungen zu den Zürcheriſchen Geſetzen betr. die Organiſation der Rechtspflege ꝛc. Zürch 1853. 4. Beilage. S. 277

tigkeitsbeſchwerde gegen ein verurtheilendes ſchwurgerichtliches Erkenntniß wegen Formfehler in dem Verweiſungsbeſchluſſe, und die Jurisprudenz beſchränkt dieſe Beſchwerde nicht etwa mit Rückſicht auf Art. 299 auf den einzigen Fall, wo der Angeklagte nicht über die Friſt belehrt wurde, innerhalb deren er die Nichtigkeitsbeſchwerde gegen den Verweiſungsbeſchluß erheben könne, ſondern ſie läßt dieſelbe in noch weiteren 4 Fällen zu, nämlich 1) wenn der Verweiſungsbeſchluß nicht von der gehörigen Anzahl von Richtern gefaßt wurde, 2) wenn Ein oder zwei Richter bei der Verhandlung (in der Anklagekammer) nicht von Anfang bis zu Ende gegenwärtig waren, 3) wenn die Anklagekammer in der Sache nicht zuſtändig war, und 4) wenn ihm keine Gründe beigegeben waren[1]). (Ueberdies ſteht dem Staatsanwalte die Beſchwerde gegen den Beſchluß der Anklagekammer zu, wenn durch denſelben ein Verbrechen (crime) als bloßes délit vor ein Zuchtpolizeigericht verwieſen wurde.) Wenn aber deſſenungeachtet die Möglichkeit des Zurückgreifens auf das Stadium der Voruntersuchung, welchem auch der Verweiſungsbeſchluß angehört, durch die neuere Geſetzgebung im Verhältniß zum früheren Rechte beſchränkt erſcheint, ſo kann dies nur gebilligt werden.

Andererſeits aber zeigte ſich durch die nachfolgende Erfahrung, daß die Geſetzgebung in der Beſchränkung der Nichtigkeitsbeſchwerde im Allgemeinen doch zu weit gegangen war. Die Zahl der Vorſchriften, auf deren Verletzung Nichtigkeit geſetzt wurde, war zu gering. Sollten nicht Urtheile unanfechtbar ſein und aufrecht erhalten werden, auf deren materiellen Inhalt vorgekommene Formverletzungen einen weſentlich alterirenden Einfluß und zwar theilweiſe auch zum Nachtheile des Angeklagten erlangt hatten, wie dies am Anfange der Periode des neuen Code wirklich geſchah, — ſo mußte entweder auf dem Wege der Geſetzgebung oder, wenn dieſe unthätig blieb, auf dem der Praxis und Doctrin eine Erweiterung des Spielraumes der Nichtigkeitsbeſchwerde herbeigeführt werden. Die Geſetzgebung überließ die Erfüllung dieſer Aufgabe der Jurisprudenz des Kaſſationshofes, und dieſer half ſich in der Weiſe, daß er nicht nur dann kaſſirte,

1) S. Rogron l. c. pag. 358; noch 2 andere Fälle ſ. bei Bonnin l. c. pag. 385. Vgl. übrigens auch die Anſicht Höchſters in deſſen Lehrbuch §. 320.

wenn eine Vorſchrift verletzt war, deren Beobachtung mit den Worten „ne pourront[1])“ angeordnet iſt, ſondern auch, wie im älteren franzöſiſchen Rechte, wenn eine formalité substantielle[2]) verletzt war.

Fragt man nun aber, welche Formalitäten von der franzöſiſchen Jurisprudenz als weſentliche betrachtet wurden und werden, ſo finden ſich darauf nur ſehr unbeſtimmte und keineswegs übereinſtimmende Antworten. Wir wollen darüber einen franzöſiſchen Juriſten ſelbſt ſprechen laſſen: Bonnin ſagt in einer Anmerkung[3]): On est loin de s'entendre sur le caractère distinctif des formalités substantielles et des formalités extrinsèques. Suivant Carnot, les formalités substantielles sont celles qui sont la conséquence nécessaire d'autres formalités prescrites à peine de nullité. Suivant d'autres, au contraire, toute formalité substantielle est celle qui est essentielle, indispensable à la composition régulière d'un tribunal, à la publicité des débats, à leur impartialité, à la liberté de la defense. Cette dernière opinion est la plus répandue, parceque la première laisserait dans les formalités extrinsèques ou purement réglementaires un très-grand nombre de formes essentielles; par exemple, le nombre de 12 jurésjuges, leur présence à la lecture du verdict. Les formalités extrinsèques sont celles qui sont commandées afin d'assurer la parfaite régularité des débats, mais dont l'ommission ou la violation a peu de gravité. Es braucht wohl kaum hervorgehoben zu werden, daß mit ſolchen Anweiſungen, wie „indispensable à la composition regulière d'un tribunal, à la publicité des débats, à leur impartialité, à la liberté de la defense und ähnlichen unmöglich eine konſtante Praxis erzielt werden könne. Die Lücke des Geſetzes war jetzt allerdings ausgefüllt, aber um den gewiß nicht geringen Preis einer übereinſtimmenden Praxis.

---

1) S. B. Art. 246, 261, 271, 315, 322.

2) Die erſten Kaſſationen dieſer Art finden ſich in den arrêts v. 15. Jan. 1814 und 30. Aug. 1816.

1) Comment. pag. 386. Vgl. auch Hélie in der Revue de législation par Wolowski 1843 p. 365.

§. 51.

Schluß: Die neuere deutsche Gesetzgebung.

Dessenungeachtet fand dies neuere französische Recht nicht nur in Belgien, sondern in neuester Zeit auch in Deutschland Nachahmung. Das belgische Recht läßt die Straferkenntnisse kassiren, wenn in dem vorgängigen Verfahren Formen verletzt worden sind, deren Beobachtung das Gesetz bei Vermeidung der Nichtigkeit vorschreibt, oder welche als wesentlich (substantielles) zu betrachten sind [1]).

Was Deutschland betrifft, so herrscht zwar unter den neueren deutschen Strafprozeßgesetzen in dem fraglichen Punkte nichts weniger, als Uebereinstimmung. Mehrere ahmen das französische Recht darin nach, daß sie ausdrücklich als Prinzip die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung wesentlicher Formen anerkennen. Einige begnügten sich damit, lediglich dies Prinzip aufzustellen und überließen alles Uebrige der Praxis, welche sich dabei natürlich noch weit mehr verlassen fühlen muß, als selbst die französische Praxis, die doch wenigstens etliche Artikel hatte, in denen der Gesetzgeber die Nichtigkeit als Folge einer Formverletzung selbst statuirt hatte. Zu diesen das französische Recht an Unbestimmtheit gleichsam überbietenden Gesetzgebungen gehören die badische (Gesetz v. 5. Februar 1851 §. 115), die kurhessische (Gesetz v. 31. Oktober 1848 §. 356 und Ges. v. 22. Juli 1851 §. 48) und früher das österreichische Patent über das Verfahren in Preßübertretungsfällen vom 14. März 1849 §. 75.

Andere dagegen stellten zwar auch das angegebene Prinzip als leitenden Grundsatz auf, hielten aber doch für zweckmäßig, demselben für die Praxis eine mehr oder weniger reichhaltige Exemplifikation beizugeben. Vieles, ja das Meiste überließen auch sie der Praxis. Man nannte die Verbindung einer solchen Exemplifikation oder Specifikation mit dem bezeichneten Prinzipe Kombination zweier Systeme, jedoch nicht ganz richtig. Das andere, dem von den bezeichneten Gesetzgebungen befolgten entgegengesetzte System ist nämlich das System der französischen Gesetzgebung von 1808, also dasjenige, nach welchem der Gesetzgeber ausdrücklich und speziell die Vor-

1) Loi du 4. août 1832 Art. 17. (Häberlin „Sammlung der neuen deutschen St.-P.-O. ꝛc. I. Lfg. S. 58.)

schriften bezeichnet, deren Verletzung Nullität zur Folge haben soll. Auch dieses System, im Vergleich mit dem jetzigen französischen Rechte ebenso einseitig, wie das andere, fand in der deutschen Gesetzgebung Annahme. So kann die Nichtigkeitsbeschwerde nach hannoverischem[1]), großherzogl. hessischem[2]), württembergischem[3]) und nassauischem[4]) Rechte nur in den vom Gesetze ausdrücklich bezeichneten Fällen erhoben werden. Dieses System war auch in der preußischen Verordnung v. 3. Jan. 1849 §. 139 angenommen.

Ueberblicken wir sämmtliche neueren deutschen Strafprozeßordnungen, so können wir in der fraglichen Hinsicht nicht, wie Mittermaier[5]) 4, sondern nur 2 verschiedene Systeme unterscheiden. Das eine System ist nämlich dasjenige, wonach für die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung prozessualischer Vorschriften ein allgemeiner leitender Grundsatz aufgestellt wird, und zwar der Grundsatz, daß die verletzte Vorschrift eine wesentliche sein müsse. Das andere System kennt keinen allgemeinen Grundsatz, sondern beschränkt die Beschwerde auf einzelne ausdrücklich bezeichnete Fälle. Das Mehr oder Weniger dieser Fälle kann verschiedene Systeme ebensowenig begründen, als die rein äußerliche Verschiedenheit, daß einige weitere Nichtigkeitsgründe bei dem Kapitel von der Nichtigkeitsbeschwerde noch besonders aufgeführt werden. Deßgleichen können zwei Systeme aus der Verschiedenheit nicht deducirt werden, daß einige Gesetzgebungen dem allgemeinen Grundsatze Beispiele hinzufügen, andere dagegen nicht.

Die Minderzahl der deutschen Gesetzgebungen hat das erste System angenommen. Zu diesem gehören außer der kurhessischen, badischen und österreichischen[6]) auch noch die braunschweigische

1) Hannover. Strafprozeßordnung v. 8. November 1850 §. 215 Ziff. 1.

2) Gesetz v. 28. Oktober 1848 Art. 270.

3) Gesetz v. 14. Aug. 1849 Art. 193.

4) Ges. v. 14. April 1849 Art. 257. Ebenso nach der Strafprozeßordnung von 1850 für Sachsen-Weimar, Meiningen ꝛc. Art. 306, und in der österreichischen St.-P.-O. v. 1850 §. 352 lit. c. ꝛc.

5) In Jagemann's „Gerichtssaal" II. Jahrg. Aprilheft „das System der Nichtigkeiten wegen Verletzungen von Formvorschriften im Strafprozesse ꝛc. S. 312.

6) Vergl. indeß die österr. St.-P.-O. v. 1850 §. 352 lit. c., welche, wie schon bemerkt, das andere System angenommen hat. Oesterreich und Preußen

(Strafprozeßordnung v. 22. August 1849 §. 158 Ziffer 2), die neue preußiſche (Geſ. v. 3. Mai 1852 Art. 107), und die bayeriſche (Geſ. v. 10. Nov. 1848 Art. 230). Unter dieſen haben die bayeriſche und nach ihr (jedoch inhaltlich von ihr abweichend) die neue preußiſche Geſetzgebung dem allgemeinen Grundſatze Beiſpiele gleichſam zur Erläuterung des Begriffes „weſentlich" beigefügt. Beide weichen aber wieder darin von einander ab, daß das bayeriſche Geſetz ſich mit der Aufſtellung des Grundſatzes und der beigefügten Exemplifikation begnügt, während das preußiſche überdies auch noch an verſchiedenen Stellen in einzelnen Artikeln ausdrücklich anordnet, daß die Nichtbeobachtung der darin enthaltenen Vorſchriften Nichtigkeit zur Folge haben ſolle. Daher findet ſich auch an der Spitze der im Art. 108 des Geſ. v. 3. Mai 1852 als weſentliche Formverletzungen aufgeführten Beiſpiele die Beſtimmung: „wenn Vorſchriften verletzt ſind, deren Beobachtung bei Strafe der Nichtigkeit vorgeſchrieben iſt." Der Art. 231 des bayeriſchen Geſetzes enthält nichts Derartiges [1]).

Schließlich haben wir aber noch davon Notiz zu nehmen, daß in allerneueſter Zeit neben den beiden bezeichneten Syſtemen noch ein Drittes aufgetaucht, welches zwar auch in dem fraglichen Punkte einen allgemeinen leitenden Grundſatz, wie das braunſchweigiſche, bayeriſche und preußiſche Recht, aufſtellt, jedoch nicht den in dieſen enthaltenen, ſondern einen ganz anders lautenden.

Das neue Zürcher Geſ. v. 1853 enthält nämlich in §. 164 die Beſtimmung, daß die Kaſſation eines ſchwurgerichtlichen Urtheils

---

haben hier beide gewechſelt, jedoch auf entgegengeſetzte Weiſe. — Die neue öſterreichiſche St.-P.-O. v 29. Juli 1853 hat, wie A. v. Hye-Gluneck („die leitenden Grundſätze der öſt. St.-P.-O. ꝛc. S. 338") bemerkt, „die Nichtigkeitsbeſchwerde zwar nicht dem Namen, wohl aber dem Weſen nach und mit ihrer vollen Rechtswirkung aufgenommen, aber unter die Berufung eingereiht."

1) Der Entwurf einer St.-P.-O für das K. Sachſen (Dresden, bei Meinhold 1854) Art. 323 ſteht ganz dem belgiſchen Rechte gleich. „Die Nichtigkeitsbeſchwerde kann gegen Enderkenntniſſe erhoben werden (1. von dem Angeklagten und dem Staatsanwalte) 1) wenn bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung oder bei der Hauptverhandlung ſelbſt bis zur Aburtheilung der Sache durch das Gericht eine bei Strafe der Nichtigkeit ertheilte Vorſchrift oder eine andere, das Strafverfahren betreffende, für weſentlich zu achtende Vorſchrift verletzt worden iſt."

ſtatt finde: — — b. „wegen Verletzung geſetzlicher Prozeßformen, wenn ſie irgendwie auf den Spruch der Geſchwornen einen nachtheiligen Einfluß gehabt haben kann," und der gelehrte Kommentator[1]) dieſes Geſetzes bemerkt hiezu, daß „Formfehler, welche auf das Urtheil in der Hauptſache, alſo auf das Endergebniß des Verfahrens, keinen ſtörenden Einfluß ausgeübt haben können, nicht in Betrachtung fallen."

Was endlich das engliſche Recht betrifft, ſo können wir, ehe man uns nicht eines Beſſeren belehrt, nicht anders, als das, was wir bereits in der erſten Abtheilung darüber bemerkt haben, hier zu wiederholen, und erlauben uns nur noch die Bemerkung, daß wir, weit entfernt mit unſerer Anſicht iſolirt zu ſtehen, gerade die bewährteſten Kenner des engliſchen Prozeſſes als Urtheilsgenoſſen anzuführen im Stande ſind. Will man ſich mit dem von uns bereits in der erſten Abtheilung angeführten Urtheile Mittermaiers nicht begnügen, ſo beliebe man zu erwägen, daß Rüttimann in ſeinen trefflichen Erläuterungen zu der neuen Zürcher Strafprozeßordnung S. 281 bemerkt: „Die in England den Parteien eingeräumten Mittel zur Anfechtung des Spruches einer Jury oder eines Gerichtes ſind immer noch ſehr mangelhaft und es bedürfen die dießfälligen Einrichtungen durchaus weiterer Reformen." Daher halten wir es auch hier wieder für überflüßig, die einſchlägigen Einrichtungen des engliſchen Rechts vorzuführen und verweiſen in dieſer Beziehung lediglich auf die bekannten Darſtellungen von Blackſtone, Mittermaier, Glaſer, Stephen-Mühry und Rüttimann.

Weit beſſer und beachtenswürdiger ſind allerdings die deßfallſigen Beſtimmungen der neueſten New-Yorker Geſetzgebung[2]).

Deſſen ungeachtet glauben wir die Behauptung wagen zu dürfen, daß aus dem in den deutſchen Strafprozeßordnungen vorliegenden Stoffe weit mehr Belehrung und Nutzen zu ſchöpfen ſei, als aus der bezeichneten amerikaniſchen.

---

1) „Die Zürcheriſchen Geſetze betr. die Organiſation der Rechtspflege und das Strafverfahren (Schwurgerichte) mit Erläuterungen herausgegeben v. Dr. J. Rüttimann. Zürich 1853 S. 149.

2) Vgl. hierüber Rüttimann a. a. O. S. 283 ff.

§. 52.

2. Vom legislativen Standpunkte.

a) Im Allgemeinen.

Es ſcheint uns bei der vorliegenden Frage auf folgende Hauptmomente anzukommen: erſtens auf die Bedeutung und den Werth der Prozeßformen überhaupt und insbeſondere rückſichtlich des Angeklagten, ſodann zweitens auf den Zweck der Rechtsmittel im Allgemeinen und namentlich der Nichtigkeitsbeſchwerde. Nur mit Rückſicht auf dieſe beiden Dinge dürfte bei der legislativen Beantwortung dieſer Frage zu einem befriedigenden Reſultate zu gelangen ſein.

Was für's Erſte den Werth der Prozeßformen betrifft, ſo gehört die möglichſt genaue Regelung derſelben unſtreitig zu den wichtigſten und dringendſten Aufgaben der Geſetzgebung. Die Form iſt, wie Abegg[1]) bemerkt, „nicht bloß eine ſolche, welche für das Weſen der Gerechtigkeit gleichgiltig wäre, ſondern ſie iſt ſelbſt etwas Weſentliches, weil ſie die zeitgemäße Geſtaltung iſt, in welcher die Wahrheit, deren Ausmittelung Gegenſtand des Prozeſſes iſt, zum Vorſchein kommen ſoll und weil ſie, zu dieſem Zwecke auf gleiche Weiſe die Beſtimmung hat, jeden hier unzuläßigen Einfluß der Privatwillkühr auszuſchließen und eine Gewährleiſtung und Schutz individueller Freiheit und Rechte gegen möglichen Mißbrauch zu ſein.“

Wenn es überhaupt im Weſen alles Rechts liegt, geſetzlich zu ſein, ſo gilt dies gewiß vorzüglich von demjenigen Theile des Rechts, welcher im Allgemeinen die Frage zum Gegenſtande hat, ob einer Perſon die höchſten Güter des Menſchen: Ehre, Freiheit, Vaterland und Leben abzuſprechen ſeien oder nicht. In dem Verfahren zur Erforſchung deſſen, was zur Entſcheidung einer Frage von ſolchem Gewichte nothwendig iſt, dürfte nicht leicht eine Handlung als geringfügig zu betrachten ſein.

Einerſeits muß zwar zugeſtanden werden, daß es unmöglich ſei, einen Strafprozeßcoder herzuſtellen, in welchem der Richter, der Staatsanwalt und der Angeklagte oder ſein Vertheidiger für alle möglichen Fälle und Eventualitäten die Regel und Richtſchnur fänden; es muß zugeſtanden werden, daß durch eine gar zu viele Regeln und Vorſchriften enthal-

1) Lehrbuch §. 64.

tende Strafprozeßordnung am Ende der Zweck des Strafverfahrens für viele Fälle ganz unerreichbar gemacht werden könnte. Die Vielgestaltigkeit des Lebens und die Mannigfaltigkeit der Straffälle gebietet, dem richterlichen Ermessen immerdar einen bedeutenden Spielraum in der Anordnung des Verfahrens zu gewähren. Ja, die Gesetzgebung muß nicht allein diesen Spielraum anerkennen, sondern sie kann großentheils nicht einmal die von ihr aufgestellten Prozeßnormen als allein giltige hinstellen, deren Verletzung sammt und sonders und in jedem Falle eine Vernichtung des betreffenden Prozeßbestandtheiles oder etwa gar des ganzen Verfahrens zur Folge haben müsse, wenn auch dadurch die merita caussae nicht im geringsten gelitten hätten.

Das System der übertriebenen Formalität und Nichtigkeit ist eine Schlinge für die Gerechtigkeit und ein Schlupfwinkel für den Verbrecher.

Andererseits aber läuft der Gesetzgeber die noch größere Gefahr, der Willkühr, ja der Parteilichkeit Eingang zu gestatten, wenn er die Formen des Strafverfahrens für zu geringfügig achtet und die Vernichtung des formwidrigen, ungesetzlichen Verfahrens bis auf's Aeußerste beschränkt und nur in homöopathischen Dosen zuläßt. Die Verletzung einer gesetzlichen Bestimmung wird, wenn sie ganz folgenlos bleibt, sicherlich die Mutter einer zahlreichen Nachkommenschaft werden. Die Trägheit findet in ihr eine Stütze und die Böswilligkeit einen Reiz zur Ungerechtigkeit. Zu großer Ungerechtigkeit kann selbst die Verletzung einer scheinbar ganz gleichgiltigen und werthlosen Formalität führen. Was dem Gesetzgeber bei den Fällen, die er etwa bei der Abfassung der Bestimmungen über die Nichtigkeiten gerade vor Augen hat, als unwesentliche Formalität erscheint, kann in anderen Fällen von höchster Wichtigkeit, für die Erforschung der Wahrheit und ein gerechtes Urtheil Bedingung sein. „Eine und dieselbe Förmlichkeit", bemerken die Motive zu dem bayerischen Entwurfe des Gesetzes vom 10. Nov. 1848 sehr richtig, „kann in dem einen Falle von wesentlichem, im anderen von untergeordnetem Einfluß auf den Gang des Verfahrens sein[1])."

1) Sehr energisch drückt sich schon Ayrault „L'ordre, formalité et instruction judiciaire etc. liv. I. p. 2 über die Wichtigkeit der Formen bei der Rechtspflege aus: „En la justice la formalité est si necessaire, qu'on ne saurait se dévoyer tant soit peu et y laisser ou omettre la moindre

Insbesondere ist es das Interesse der Vertheidigung — und dies ist ebenso von der Gesetzgebung, wie von der Theorie anerkannt, — welches von der Gesetzgebung bei der Festsetzung der Grenzen der Nichtigkeitsbeschwerde wegen Formverletzungen ganz vorzügliche Berücksichtigung verlangt. Wenn in einem konkreten Falle die Wahrscheinlichkeit oder auch nur die Möglichkeit vorhanden ist, daß durch die vorgekommene Verletzung einer bestimmten Vorschrift der Angeklagte (Verurtheilte) einen Nachtheil erlitten, d. h. daß die Verletzung auf den Inhalt des Strafurtheils einen Einfluß gewonnen habe, — so ist es mit dem Prinzipe der Gerechtigkeit unverträglich, dem Antrage des Angeklagten auf Vernichtung des Urtheils sammt Verfahren die Willfährde zu versagen.

Zu diesen für alle Prozeßarten gültigen Erwägungen kommen aber noch zwei weitere besondere, die sich auf das jetzige in Deutschland herrschende Prozeßrecht beziehen. Sie werden veranlaßt durch die Einrichtung, daß fortan die Thatfrage nach der freien Ueberzeugung der Richter entschieden wird, und durch das Institut der jury.

Diese beiden Einrichtungen des neueren deutschen Strafprozeßrechtes scheinen besondere größere Garantien dafür nothwendig zu machen, daß nicht nur sämmtliche zur Richterfunktion berufenen Personen überall die vom Gesetze verlangten Eigenschaften besitzen, und das Gericht überhaupt in keiner Beziehung zu beanstanden sei, sondern daß auch die Vorschriften, welche sich auf die vor dem urtheilenden Gerichte zu pflegenden Verhandlungen beziehen, in allen Stücken auf's Genaueste eingehalten werden.

Wenn wir auch das Prinzip der Entscheidung der Thatfrage nach der freien Ueberzeugung des Richters aus den in der ersten Abtheilung §. 23, 24 und 25 angeführten Gründen für das richtige halten, so sind wir doch weit entfernt, das Gute und Brauchbare, welches in den früheren gesetzlichen Beweisrechten liegt, zu verkennen. Es ist eine allbekannte Thatsache, daß, wenn man die Resultate der Strafrechtspflege seit Einführung des neueren Prozesses überblickt, das hervorragendste Resultat nicht darin

forme ou solennité requise, que tout l'acte ne vint incontinent à perdre le nom et surnom de justice, prendre et emprunter celui de force, machination, voir même de cruauté ou tyrannie toute pure.“

beſteht, daß der Unſchuldige jetzt eine größere Sicherheit gegen eine ungerechte Verurtheilung genießt, ſondern vielmehr darin, daß die Geſellſchaft eine größere Sicherheit gegen die Strafloſigkeit der Schuldigen beſitzt. Kein beſonnenes Mitglied der Geſellſchaft wird dieſes Reſultat gering anſchlagen oder gar die Herrſchaft der früheren Beweisrechte zurückwünſchen.

Nichtsdeſtoweniger aber hat der Geſetzgeber die größte Sorgfalt darauf zu wenden, daß die Beweisführung auf eine Weiſe vor ſich gehe, welche dem von bindenden Beweisregeln frei gefundenen Urtheile das nöthige Vertrauen der Geſellſchaft ſichert und den Richtern ſelbſt als Schutz gegen Mißgriffe zu dienen im Stande iſt. Die Beſtimmungen des früheren Beweisrechts über das zu einer Verurtheilung erforderliche Beweisquantum und Beweisquale hatten, ſo viel ſie auch angefeindet und geſchmäht wurden, unbeſtreitbar dieſe glänzenden Eigenſchaften.

Es läßt ſich allerdings nicht läugnen, daß auch unter ihrer Herrſchaft Urtheile geſprochen wurden, namentlich in politiſchen Prozeſſen, die in der Geſellſchaft durchaus kein Zutrauen fanden und die Richter mindeſtens im Lichte irrender Geſchöpfe erſcheinen ließen. Indeſſen muß doch auch zugeſtanden werden, daß ſolche Urtheile die ſeltenen Ausnahmsfälle bildeten, und daß man die die Regel bildenden gerechten Verurtheilungen jenen Beſtimmungen zu verdanken hatte. Bei einer unparteiiſchen Beurtheilung des früheren Strafprozeßrechtes iſt es unmöglich, zu verkennen, daß gerade in dem damaligen Beweisrechte, ſo große Nachtheile dem allgemeinen Weſen dadurch auch gebracht wurden, dennoch der edlere Beſtandtheil dieſes Prozeßrechtes lag. Ja, wir nehmen keinen Anſtand, zu bekennen, daß nach unſerer Anſicht jenes Beweisrecht in der allgemeinen Kulturgeſchichte ſtets einen höchſt ehrenvollen Platz behalten werde.

Wenn es nun aber nicht ausbleiben konnte, daß ſich die nachtheiligen Wirkungen des fraglichen Beweisrechtes für die Geſellſchaft allzu fühlbar machten, und daß ſie zum Aufgeben deſſelben hindrängten, ſo verdienen wiederum jene legislativen Verſuche, wie z. B. die badiſche Geſetzgebung von 1845 unſere volle Aufmerkſamkeit und Anerkennung, welche das Prinzip der freien richterlichen Ueberzeugung mit der in jenem Beweisrechte liegenden Bürgſchaft gegen ungerechte Strafurtheile vereinigen wollten. Das Schickſal dieſer Verſuche war bekanntlich ein ſehr kurzes Leben.

Im jetzigen Strafprozeßrechte ist von dem ganzen früheren Beweisrechte nur sehr wenig übrig geblieben. Es wurde nicht nur die Spitze desselben gebrochen d. h. der Zwang zur Bejahung oder Verneinung der Thatfrage unter den gesetzlichen Voraussetzungen bezüglich der Qualität und Quantität der Beweismittel abgeschafft und die richterliche Ueberzeugung zur Herrschaft gebracht, sondern auch fast gänzlich davon Umgang genommen, den materiellen Inhalt jener Beweisregeln als leitende Erfahrungssätze festzuhalten. Von allen Urtheilskautelen, die in dem früheren Beweisrechte lagen, ist eigentlich nur eine einzige von Wichtigkeit übrig geblieben, und dieß ist die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen. Alles Uebrige hängt im jetzigen französisch-deutschen Strafverfahren von der Persönlichkeit der Hauptaktoren (Präsident, Staatsanwalt, Vertheidiger und Urtheiler) ab. In der Hand der Ersteren liegt es, wie gründlich oder oberflächlich den Urtheilern der Beweis vorgeführt wird, und lediglich von ihrer und der Letzteren individuellen geistigen Fähigkeit und vielleicht zufälligen Stimmung hängt es ab, inwieweit jene Beweiserfahrungssätze im konkreten Falle in Anwendung gebracht werden.

Man wird nicht leugnen können, daß es legislativ möglich gewesen und noch möglich wäre, einigen dieser Erfahrungssätze auch im neueren Prozeßrechte einen Platz zu geben, wie wir solches im englischen Rechte finden, und wir glauben, daß man kein Prophet zu sein braucht, um vorhersagen zu können, daß man sich über kurz oder lang in Deutschland nach einem dem englischen ähnlichen Beweisrechte sehnen wird. Uns schiene die Herstellung eines solchen von allen denkbaren Verbesserungen die wünschenswertheste zu sein.

Einerseits würde aber diese Neuerung eine weitere Näherung an das englische Recht nothwendig machen. Es müßte nämlich die Stellung des Präsidenten der des englischen vorsitzenden Richters ähnlich gemacht; es müßte das Kreuzverhör[1]) eingeführt und dem Vorsitzenden anstatt der Rolle des Inquirenten die des unpar-

1) Dasselbe ist bereits von dem Preuß. Ges. v. 3. Mai 1852 aufgenommen worden. Es verdient aber als eine höchst auffallende Thatsache hervorgehoben zu werden, daß von dieser Einrichtung nach dem Zeugnisse Hefftter's (Lehrb. des gem. d. Strafr. 5. Aufl. 1854 S. 544 Note 7 und 8) „bisher fast gar kein Gebrauch gemacht" worden ist.

teiſchen Kontrolleurs über die Beweisführungen des Staatsanwalts und des Vertheidigers zugetheilt werden.

Andererſeits aber ſchiene es uns nicht nothwendig zu ſein, die Beweisregeln ſelbſt vom engliſchen Rechte zu borgen. Unſere früheren deutſchen Beweisrechte enthalten einen Stoff, aus dem ſich ein dem neueren Verfahren entſprechendes Beweisrecht nicht mit allzu großen Schwierigkeiten herausbilden ließe. Dabei muß aber auch wohl erwogen werden, daß, wenn wir wirklich dereinſt zum Beſitze eines ſolchen Beweisrechts gelangen werden, die Zahl der Nichtigkeiten ſich auch um ein nicht Geringes vergrößern müſſe. Denn je mehr prozeſſualiſche Vorſchriften, deſto größer auch die Zahl der Nichtigkeiten, und man wird nicht umhin können, in vielen Fällen auf die Verletzung von Beweisregeln die Folge der Nullität zu ſetzen.

Halten wir uns aber an den dermaligen Stand unſeres Strafprozeßrechts, wo uns ſolche Beweisregeln und mit ihnen eine bedeutende Garantie für eine gute Strafrechtspflege fehlen, ſo werden wir, eben weil uns dieß fehlt, um ſo mehr berechtiget und genöthiget ſein, die beſtehenden Prozeßvorſchriften, welche größtentheils auch eine ſolche Garantie zu gewähren bezwecken, ſo viel wie möglich gegen Vernachläſſigung zu ſchützen. Je geringer die Zahl dieſer Vorſchriften iſt, deſto ſtrenger iſt auf ihre Beobachtung zu halten, und deſto weniger hat man Grund, mit der Zuläſſigkeit der Nichtigkeitsbeſchwerde wegen ihrer Verletzung zu geizen.

Es iſt nur zu billigen, daß die Thatfrage nach der freien Ueberzeugung des Richters entſchieden wird; aber es iſt nicht zu leugnen, daß es eben dieſe Einrichtung doppelt und dreifach wünſchenswerth macht, daß das Verfahren, welches jener Entſcheidung vorausgeht und auf welches dieſe ſich gründen ſoll, bei Folge der Nichtigkeit nach den Vorſchriften vor ſich gehe, welche der Geſetzgeber als Bürgſchaften einer guten Juſtiz aufzuſtellen für nothwendig hielt, — und ob man auch dem Inſtitute der Jury Freund oder Feind ſei, ſo wird man doch zugeſtehen müſſen, daß, wie gebildet und tüchtig die Geſchwornen immer ſeyn mögen, doch in dem Mangel an Uebung in den ihnen obliegenden Funktionen eine dringende Aufforderung an den Geſetzgeber liege, den eine Garantie für eine gute Strafjuſtiz bezweckenden Prozeßvorſchriften durch Zulaſſung der Nichtigkeitsbeſchwerde für den Fall ihrer Verletzung eine erhöhte Aufmerkſamkeit

Wir erblicken in dieſer Beſtimmung im Vergleiche mit anderen Geſetzgebungen einen doppelten Vorzug, und zwar erſtens den Vorzug, daß die Zürcher Geſetzgebung es überhaupt für beſſer hält, einen allgemeinen Grundſatz aufzuſtellen, als die Nichtigkeitsbeſchwerde nur in den geſetzlich ausdrücklich bezeichneten Fällen zuzulaſſen; — ſodann den Vorzug, daß ſie das angegebene Prinzip und nicht das Prinzip aufgeſtellt hat, daß die verletzte prozeſſualiſche Vorſchrift eine weſentliche ſein müſſe.

Warum wir das erſtere für einen Vorzug halten, bedarf wohl nach Obigem keiner weiteren Auseinanderſetzung; wir erinnern nur an die Geſchichte des franzöſiſchen Rechts.

Was ſodann den andern Vorzug betrifft, ſo läßt ſich allerdings nicht läugnen, daß das bezeichnete Prinzip des Zürcher Rechtes an ſehr großer Latitude leidet, und die Praxis, welche keine anderen Direktiven hat, als die angeführte Beſtimmung, dürfte bei der Entſcheidung über Nichtigkeitsbeſchwerden nicht ſelten in Verlegenheit gerathen. Darin liegt auch vom praktiſchen Standpunkte betrachtet die ſchwache Seite der Zürcher Geſetzgebung, daß ſie — abgeſehen von der ebenfalls im §. 164 lit. a enthaltenen Beſtimmung, daß die Nichtigkeitsbeſchwerde ſtattfinde „wegen weſentlicher Beeinträchtigung der Rechte der Vertheidigung" — keine weiteren Direktiven aufſtellt, als das bezeichnete Prinzip.

Gleichwohl geben wir ihr den Vorzug vor denjenigen Geſetzgebungen, welche ſich damit begnügen, zu erklären, daß die Nichtigkeitsbeſchwerde ſtattfinde wegen Verletzung von prozeſſualiſchen Vorſchriften, wenn dieſe „weſentlich" ſind. Denn dieſes Prinzip hat doch ſicherlich keine geringere Latitude, als das des Zürcher Rechtes, und leidet überdies nicht nur an einer gänzlichen Unbeſtimmtheit, ſondern entbehrt auch der nöthigen Hinweiſung auf den Zweck der Strafjuſtiz. Die deutſche Jurisprudenz iſt ebenſowenig, wie die franzöſiſche, darüber im Reinen, welche prozeſſualiſchen Vorſchriften ſie unter dem Titel „weſentlich" als unverletzbar sub poena nullitatis gelten laſſen ſoll. Belege hiefür wird nicht nur eine Vergleichung der Praxis in den einzelnen deutſchen Staaten in Ueberfluß bieten, ſondern ſogar die Praxis eines einzelnen Landes von nur einigermaßen anſehnlichem Flächengehalte, und es dürfte ſich auch ohne Prophetengabe vorausſagen laſſen, daß man niemals und nirgendwo damit vollkommen in's Reine kommen werde.

Wir läugnen keineswegs, daß es prozessualische Vorschriften von hervorragender Wichtigkeit gibt, und daß der Verletzung einer derartigen Vorschrift vor allen übrigen die Wirkung der Nichtigkeit beigelegt werden muß. Ja wir gehen, wie sich unten zeigen wird, noch weiter und geben zu, daß der Gesetzgeber gewisse Normen des Strafprozeßrechtes in der Art auszeichnen müsse, daß er auf ihre Verletzung die Folge der Nullität unbedingt setze d. h. ohne Rücksicht darauf, ob die Verletzung auf den Inhalt des Urtheils einen Einfluß erlangt habe. Wir wollen es endlich auch nicht geradezu für verwerflich erklären, daß der Gesetzgeber den Richtern auftrage, zuzusehen, ob die verletzte Vorschrift als wesentliche betrachtet werden könne, und nur einer derartigen Verletzung die Kassation folgen zu lassen.

Allein eine andere Frage ist es, wie viel dem Richter mit einer solchen Instruktion geholfen, und ob der Begriff „wesentlich" im Strafprozeßrechte für die Feststellung und Begränzung des Gebietes der Nichtigkeiten brauchbar sei.

Wie wenig dieß der Fall sei, das haben die Gesetzgebungen ganz richtig erkannt, welche, wie die bayerische und nachgehends auch die preußische, ihrem allgemeinen Grundsatze eine solche Reihe von Beispielen angefügt haben, daß der Richter diesen Grundsatz am Ende füglich ganz hätte entbehren können. Er ist auch in der That so wenig sagend, daß sich der bayerische Richter mit der Exemplifikation des Art. 231 des Ges. v. 10. Nov. 1848 und der preußische mit der des Art. 108 des Ges. v. 3. Mai 1852 auch ohne denselben zurecht finden würde. Es dürfte nicht viel mehr, als eine Illusion sein, zu glauben, daß durch denselben das Gebiet der Nichtigkeiten gehörig beschränkt werde.

Als eine, wenn auch nicht gerade ausreichende, so doch gewiß nicht unbedeutende und zwar ganz natürliche Schranke stellt sich aber unser mehr erwähntes Prinzip dar: die Nichtigkeitsbeschwerde soll überall zurückgewiesen werden, wenn dieselbe nicht den Nachweis eines wenigstens möglichen Kausalzusammenhanges zwischen der Formverletzung und dem Inhalte des Urtheils enthält. Ueber die Nothwendigkeit der Motivirung der Nichtigkeitsbeschwerde werden wir weiter unten zu sprechen haben. Hier genügt vorläufig der Satz: keine Nullität ohne solchen Kausalzusammenhang. Dies die Regel; die Ausnahmen werden im

nächsten §. zu erörtern sein. Man wird nicht in Abrede stellen können, daß damit dem Richter eine viel handgreiflichere und bestimmtere Direktive gegeben ist, als mit dem Begriffe des „Wesentlichen."

Diese negative Seite des Prinzips dürfte, auch vom praktischen Standpunkte betrachtet, als die belangreichere und eingreifendere zu betrachten sein. Allein es darf auch seine positive Seite nicht außer Acht gelassen werden. Das Prinzip ist nicht bloß Schranke, sondern zugleich Ausdehnung. Die positive Fassung lautet: Nullität ist da vorhanden, wo der fragliche Kausalzusammenhang als möglich nachgewiesen ist. Seine Begründung erhält dieser Satz durch das oberste Prinzip des Strafrechtes selbst: — durch das Prinzip der Gerechtigkeit. Wie diese einerseits nicht verlangt, daß ein Urtheil vernichtet werde, dessen angeblich unrichtiger Inhalt sich nicht einmal als die mögliche Folge der fraglichen Formverletzung darstellen läßt, so gebietet sie andererseits kategorisch die Vernichtung eines Urtheils, von dessen Inhalt nachgewiesen wird, daß er möglicher- oder wahrscheinlicherweise durch die Formverletzung herbeigeführt worden sei. Ein solches Urtheil gegen die Beschwerde aufrecht erhalten, wäre eine Ungerechtigkeit. Nicht bloß die Wirklichkeit, sondern auch die bloße Möglichkeit eines solchen ursächlichen Zusammenhanges zwischen der Formverletzung und dem Urtheilsinhalte muß als genügender Grund zur Kassation anerkannt werden. Wenn man dieß selbst für den Fall zugeben müßte, daß dadurch die Zahl der Nullitäten noch vermehrt würde, um wie viel mehr muß es zugegeben werden, da dieser Fall sicherlich nicht eintreten wird!

Allein ungeachtet der bemerkten Vorzüge des vom Zürcher Rechte angenommenen Prinzips vor dem anderen sind wir, wie schon bemerkt, der Ansicht, daß dasselbe für sich allein und als einzige Direktive für die Entscheidung von Nichtigkeitsbeschwerden dem Richter nicht zu genügen vermöge. Das praktische Bedürfniß erheischt noch weitere Direktiven. Wenn man als eine solche das andere Prinzip hinstellen will, daß eine wesentliche Formalität verletzt sein müsse, so haben wir zwar, wie ebenfalls schon bemerkt, nichts dagegen, können dieß aber nach Obigem durchaus nicht für genügend halten.

Um dem Richter genügende sichere Anhaltspunkte zu geben, könnten zwei verschiedene Wege eingeschlagen werden: entweder könnte in den einzelnen Artikeln der Strafprozeßordnung, welche be-

ſonders wichtige Beſtimmungen enthalten, auf deren Verletzung die Folge der Nichtigkeit ſogleich geſetzt werden, — oder es könnte ſtatt deſſen in dem von der Nichtigkeitsbeſchwerde handelnden Abſchnitte der Prozeßordnung (und zwar nach Aufſtellung des allgemeinen Grundſatzes über die Zuläſſigkeit der Nichtigkeitsbeſchwerde wegen Verletzung prozeſſualiſcher Vorſchriften), wie dieß in den bayeriſchen und preußiſchen Geſetzen geſchieht, eine Reihe von Verletzungsfällen als Beiſpiele von Kaſſationsgründen aufgeführt werden.

Das preußiſche Geſetz vom 3. Mai 1852 hat beides zu vereinigen für gut befunden, daher ſich auch unter den im Art 108 aufgeführten Beiſpielen die bereits oben beſprochene Beſtimmung findet, daß „eine Verletzung weſentlicher Vorſchriften des Verfahrens insbeſondere vorhanden ſei, wenn Vorſchriften verletzt ſind, deren Beobachtung bei Strafe der Nichtigkeit vorgeſchrieben iſt."

Dieſer Weg mag wohl der ſicherſte ſein, um gewiſſe wichtige Vorſchriften vor der Verletzung zu ſchützen, der Weg des bayeriſchen Geſetzes ſcheint aber auch ſicher genug zu dem Ziele zu führen, daß der Kaſſationsrichter wiſſe, wann er eine Vernichtung auszuſprechen habe. Uebrigens läuft dieſer Unterſchied am Ende doch nur auf eine bloße Formverſchiedenheit hinaus, die darin ihren Grund haben mag, daß der bayeriſche Geſetzgeber zunächſt und vorzüglich die Aufgabe des Kaſſationshofes vor Augen hatte, der preußiſche dagegen überdies die Aufgabe des Unterſuchungsrichters, der Anklagebehörden, des Gerichtsvorſtandes ꝛc.

Wir wüßten nicht, was die Exemplifikation des bayeriſchen Rechts im Art. 231 des Geſetzes v. 10. Nov. 1848 zu wünſchen übrig ließe, als etwa das, daß die verſchiedenen Verletzungsfälle beſſer gruppirt und manche derſelben in Eins zuſammengefaßt werden könnten. Es würde uns zu weit führen, dieß in einer ausführlichen und in's Einzelne gehenden Kritik der 18 im Art. 231 cit. aufgeführten Beiſpiele nachzuweiſen. Statt deſſen ſei es uns erlaubt, unmaaßgeblich folgende Exemplifikation in Vorſchlag zu bringen: 1) wenn eine geſetzliche Beſtimmung über die Kompetenz oder die Zuſammenſetzung der Gerichte verletzt worden; 2) wenn der Unterſuchungsrichter bei der Anklage oder Aburtheilung mitgeſtimmt hat; 3) wenn die Vernehmung der Staatsbehörde verſäumt worden iſt; 4) wenn der Angeklagte in ſeinen Vertheidigungs- oder Ablehnungs-

befugniſſen beeinträchtiget worden iſt; 5) wenn das Prinzip der Mündlichkeit oder die Oeffentlichkeit verletzt worden iſt; 6) wenn die Vernehmung von Zeugen und Sachverſtändigen ungeſetzlich vor ſich gegangen iſt; 7) wenn der Dirigent der Hauptverhandlung ſeine Befugniſſe überſchritten oder ſeine Obliegenheiten nicht erfüllt hat; 8) wenn an die Geſchwornen unrichtige Fragen geſtellt worden ſind; 9) wenn die Geſchwornen bei der Schöpfung des Wahrſpruches ihre Pflichten verletzt haben; 10) wenn der Angeklagte wegen einer andern That verurtheilt worden, als diejenige iſt, wegen welcher er durch den Anklagebeſchluß vor Gericht geſtellt worden war [1]).

Dieſe Aufzählung ſoll nicht für erſchöpfend gelten, ſondern, wie bemerkt, eine bloße Exemplifikation ſein; es dürften jedoch in derſelben ſo ziemlich alle wichtigeren Grundſätze des geltenden Prozeßrechtes bedacht ſein. Jedenfalls enthält der Art. 231 des bayer. Geſetzes keinen Nullitätsfall, der ſich nicht unter eine der oben aufgeführten Beſtimmungen ſubſumiren ließe, und dieſe enthalten überdies mehrere Nullitäten, die als ſolche nothwendig anerkannt werden müſſen, wozu wir namentlich die unter Ziffer 7, 8 und 9 aufgeführten Fälle gerechnet wiſſen möchten.

Noch weitere Direktiven, als eine ſolche Exemplifikation und unſer mehrerwähntes Prinzip, dazu etwa noch das Erforderniß der Weſentlichkeit könnten und dürften ſchwerlich aufzuſtellen ſein, wenn man nicht vielleicht, wie dieß von den Motiven zu dem Entwurfe des bayeriſchen Geſetzes vom 10. November 1848 geſchieht, die Weiſung hinzufügen will, daß die Nichtigkeitsbeſchwerde namentlich bei Verletzung ſolcher prozeſſualiſchen Vorſchriften zugelaſſen werden ſolle, „welche eine möglichſt umfaſſende Vertheidigung des Angeklagten bezwecken.“

§. 54.

b) Die geſetzlich auszuzeichnenden Fälle.

Nach dem Vorgange der franzöſiſchen Geſetzgebung knüpfen auch die neuen deutſchen Strafprozeßordnungen an die Verletzung von

1) Ueber dieſen Punkt ſ. gute Bemerkungen von Schwarze „über die Berückſichtigung neuer, erſt in der Hauptverhandlung hervorgetretener Thatſachen bei der Aburtheilung“ im N. Archiv. des Krim. R. 1853 1 St. S. 37 ff. und H. Haſenbalg „zur Strafprozeßordnung. Von der Erhebung der öffentlichen Klage und ihrer Konſumtion durch richterliches Urtheil.“ Hannover 1854.

einigen mehr oder minder zahlreichen prozeſſualiſchen Normen in völlig allgemeiner und unbedingter Weiſe die Folge der Nichtigkeit des betreffenden Urtheiles und des ihm vorausgegangenen Verfahrens im Ganzen oder theilweiſe. Auf den Inhalt des Urtheils wird hiebei keine Rückſicht genommen; die Kaſſation tritt ein, wenn es auch noch ſo wahrſcheinlich iſt, daß das Urtheil daſſelbe geworden wäre, falls der Fehler nicht Statt gefunden hätte, und wenn auch die materielle Richtigkeit und Gerechtigkeit des Urtheils ganz unzweifelhaft iſt.

Es fragt ſich, ob ſich jene Einrichtung rechtfertigen laſſe angeſichts des allgemeinen Zweckes aller Rechtsmittel, der auf nichts Anderes geht, als auf Urtheilskorrektur. Da wir ſowohl im Allgemeinen als auch insbeſondere für die Nichtigkeitsbeſchwerde wegen Verletzung prozeſſualiſcher Vorſchriften die Regel aufgeſtellt haben, daß ſie überall nur da zuläſſig ſei, wo der Fehler wenigſtens möglicherweiſe einen Einfluß auf den Inhalt des Urtheils gehabt hat, ſo können wir nicht in Abrede ſtellen, daß in der fraglichen Einrichtung, welche dieſe Rückſicht ganz bei Seite ſchiebt, eine bedeutende Abweichung von unſerer Regel enthalten ſei. Indem wir gleichwohl dieſelbe billigen, iſt es unſere Aufgabe, ſie, jedoch — wir wollen dieß ausdrücklich bemerkt haben — nur als Ausnahme von der feſtſtehenden Regel, zu rechtfertigen.

Vor dieſer Rechtfertigung iſt es aber ſelbſtverſtändlich nothwendig, daß näher angegeben werde, bezüglich welcher ſtrafprozeßrechtlichen Normen die fragliche Ausnahme zu machen ſei.

Um dieſe Frage befriedigend zu beantworten, läge die Weiſung nahe, daß wir uns bei den beſtehenden Geſetzgebungen Raths erholten. Werfen wir nun einen wenn auch nur flüchtigen Blick auf dieſelben, ſo bemerken wir leicht, daß in denſelben gar kein feſtes Prinzip waltet. So z. B. ſind die in Art. 231 des bayr. Geſ. v. 10. Nov. 1848 aufgeführten Fälle oder Beiſpiele ganz zufällig und willkührlich ausgewählt; ſie ſind ohne anderen Zuſammenhang unter ſich, als den, daß ſie eben Fehler gegen einzelne Prozeßgeſetze enthalten. Wir glauben dagegen mit Hilfe einer ſehr in die Augen fallenden, in der Prozeßtheorie ſehr geläufigen und einfachen Unterſcheidung zu einem ganz feſten und befriedigenden Prinzipe gelangen zu können.

Man unterſcheidet bekanntlich in der Prozeßtheorie zwiſchen

Strafprozeßrecht im engeren und weiteren Sinne, je nachdem man darunter bloß die auf den modus procedendi selbst sich beziehenden rechtlichen Grundsätze begreift, oder aber überdies auch noch die allgemeinen Normen, welche sich auf die vom Staate für die Strafrechtspflege aufgestellten Organe beziehen.

Unsere Ansicht geht nun dahin, daß diese Normen in der Art vor allen übrigen gesetzlichen Bestimmungen auszuzeichnen seien, daß ihre Verletzung immer die Nichtigkeit des betreffenden Urtheils resp. Verfahrens nach sich ziehen solle, es möge nun diese Verletzung auf den Inhalt des Urtheils denkbarer Weise einen Einfluß gehabt haben oder nicht.

Es läßt sich nicht leugnen, daß im konkreten Falle der modus procedendi und das darauf erfolgte Urtheil vollkommen richtig, mithin das Resultat des gerichtlichen Verfahrens ein ganz befriedigendes sein könne, obwohl die Normen über die Organe der Strafrechtspflege offenbar und gröblich verletzt sind. Soll nun der Gesetzgeber mit Rücksicht auf das (vorausgesetzte) befriedigende Resultat die Verletzung der fraglichen Norm für gleichgiltig und das Verfahren sammt Urtheil für giltig erklären?

Die Antwort auf diese Frage könnte möglicherweise halb bejahend und halb verneinend, nämlich so gefaßt werden, daß zwar der Staat die Verletzung nicht gleichgiltig behandeln, wohl aber das Urtheil aufrecht erhalten könne. Es gäbe allerdings noch andere Mittel, als die Vernichtung des Urtheils, um gegen die Verletzung zu reagiren, so z. B. Ordnungsstrafen gegen die der Verletzung schuldigen Richter und Beschwerde im Interesse des Gesetzes ꝛc.

Indessen scheint uns eine solche Folge der Verletzung in Anbetracht der Wichtigkeit der verletzten Norm nicht zureichend zu sein. Denn wenn wir von dem Einflusse der Verletzung einer Prozeßvorschrift auf den Inhalt des Urtheils abstrahiren, so kommen alle übrigen strafprozeßrechtlichen Bestimmungen denen über die Organe für die Strafrechtspflege an Wichtigkeit nicht auf's Entfernteste gleich. Es muß zwar anerkannt werden, daß sich die Rechtspflege überall im Großen wie im Kleinen streng im Geleise des Gesetzes zu bewegen habe, wenn sie ihr innerstes Wesen nicht verleugnen will, und daß der Angeklagte in abstracto vermöge des auch in ihm zu

achtenden Rechtes der Perſönlichkeit Anſpruch darauf habe, daß in dem gegen ihn gerichteten Strafverfahren keine, auch nicht die unbedeutendſte geſetzliche Beſtimmung verletzt werde. Vom Standpunkte des Angeklagten erſcheint die Nichtigkeitsbeſchwerde wegen jeder Verletzung irgend einer prozeſſualiſchen Vorſchrift begründet. Allein dieſer Standpunkt iſt nicht zureichend für die richtige Beurtheilung unſerer Frage. Das Intereſſe des Staates an dem Vollzuge eines nicht bloß moraliſch, ſondern auch juriſtiſch gerechten ſtrafgerichtlichen Urtheiles iſt weit überwiegend über ſein Intereſſe an der in einem konkreten Falle geſchehenen oder nicht geſchehenen Beobachtung einer prozeſſualiſchen Vorſchrift, deren Verletzung in dieſem Falle auf das Reſultat keinen auch nur denkbaren Einfluß gehabt hat; — und gegen eben dieſes Intereſſe oder, was daſſelbe iſt, das Prinzip der Gerechtigkeit muß das einzelne Recht der Perſon des Angeklagten zurückſtehen.

Wenn wir alſo jenes überwiegenden Intereſſe's des Staates ungeachtet die Beſtimmungen über die Organe der Strafrechtspflege von der Bedingung des Einfluſſes der Verletzung auf den Inhalt des Urtheiles nicht abhängig machen wollen, ſo dürfen wir dieß nicht durch das einſeitige Recht des Angeklagten zu rechtfertigen ſuchen, ſondern müſſen hiefür einen andern Grund haben. Dieſer Grund liegt nun aber, wie ſchon bemerkt, in der hervorragenden Wichtigkeit der fraglichen Beſtimmungen.

So dringend die Exiſtenz des Staates den Beſtand von öffentlichen Organen für die Rechtspflege erheiſcht, ebenſo dringend erheiſcht ſie genaue Beſtimmungen über die Zuſammenſetzung und die Zuſtändigkeit der Organe. Dieſe Beſtimmungen zählen zu den Fundamentaleinrichtungen aller ſtaatlichen Ordnung, ihre Befolgung iſt conditio sine qua non für die Erhaltung dieſer Ordnung.

Die Handlung eines mangelhaft beſetzten oder zu dieſer Handlung nicht zuſtändigen Gerichtes oder ſonſtigen Juſtizorganes in einer Straffache muß ſchon aus dem Grunde nichtig ſein und daher auch die Nichtigkeit alles deſſen nach ſich ziehen, was auf dieſe Handlung gefolgt iſt, weil eben ein mangelhaft gebildetes oder unzuſtändiges Organ gar kein geſetzliches Organ des Staates iſt. Was ein ſolches Organ thut, iſt von vorneherein ungiltig und nichtig und kann nie-

mals Giltigkeit erlangen. Es fehlt die Vollmacht zur Vornahme der Handlung, und eine Ratihabition ist hier unstatthaft.

Indessen bedarf es zur Zulassung der Nichtigkeitsbeschwerde in unserem Falle gar nicht dieses rein theoretischen Grundes; die Erwägung der großen praktischen Wichtigkeit der fraglichen Bestimmungen genügt, um von der Bedingung eines Einflusses des Fehlers auf den Inhalt des Urtheils Umgang zu nehmen. Non est major defectus, quam defectus potestatis. Diese hervorragende Wichtigkeit erkennen auch die französischen Juristen an. So sagt z. B. Morin: „La competence du juge est ce qu'il y a de plus essentiel, surtout dans la juridiction répressive.“ [1])

Eben in dieser Beschaffenheit der fraglichen Bestimmungen liegt aber auch der Grund ihrer Ausnahmsstellung auf unserem Gebiete. Keine andere Bestimmung des Prozeßrechtes ist so bedeutend und gewichtig, daß ihre Verletzung für sich allein und wenn sie gar keinen auch nur denkbaren Einfluß auf den Inhalt des Urtheils gehabt hat, Grund genug zur Vernichtung des Verfahrens sein könnte.

Einer förmlichen Aufführung der fraglichen Bestimmungen bedarf es wohl nicht. Es genügt, zu erinnern, daß hieher sowohl die Bestimmungen über die Bildung der Justizorgene (namentlich über die Zusammensetzung der Gerichte), als auch über die Kompetenz derselben gehören. Die Verletzung irgend einer von diesen Bestimmungen ist für sich allein hinreichender Grund zur Vernichtung des ganzen Verfahrens.

Was insbesondere die Bestimmungen über die Bildung der Justizorgane betrifft, so mag noch bemerkt sein, daß darunter nicht bloß die Bestimmungen über die Gerichte im engeren Sinne, sondern auch über die Jury zu verstehen sind [2]).

---

1) Dict. pag. 544. Rogron l c. pag. 359.

2) Daß diese Bemerkung nicht ganz überflüssig sei, dürfte daraus hervorgehen, daß im Schooße eines Gesetzgebungsausschusses in Bayern darüber kontrovertirt wurde, ob Urtheil und Verfahren zu kassiren seien, wenn dabei ein Geschworner mitgewirkt hat, welcher nicht die gesetzlich hiezu erforderlichen Eigenschaften besaß, z. B. jünger, als 30 Jahre alt war. Die Kontroverse fand eine bejahende Entscheidung. Nur verlangte man für diesen Nichtigkeitsgrund ausnahmsweise, daß der Angeklagte denselben, wenn er darauf die Nichtigkeitsbeschwerde gründen wolle, ausdrücklich anführe. Vrgl. Ges. v. 10. Nov. 1848 Art. 231 Ziffer 16.

Unſere Anſicht geht alſo ſchließlich dahin, daß der Geſetzgeber auf die Verletzung einer ſolchen geſetzlichen Beſtimmung unbedingt und ohne Rückſicht auf einen Kauſalzuſammenhang zwiſchen der fraglichen Verletzung und dem Inhalte des Urtheils die Folge der Nichtigkeit ſetzen müſſe.

§. 55.

B. Gegenſtand der Nichtigkeitsbeſchwerde.

Der Gegenſtand der Nichtigkeitsbeſchwerde iſt überall kein anderer, als eine gerichtliche Handlung, wie bei allen übrigen Rechtsmitteln.

Indem wir aber hier vorläufig nur von der Nichtigkeitsbeſchwerde gegen gerichtliche Endurtheile zu handeln uns vorgeſetzt haben, ſo laſſen wir jene Fälle, in denen die Nichtigkeitsbeſchwerde vor der Hauptverhandlung zuläſſig iſt, in dem Folgenden noch ganz bei Seite liegen [1]).

Was nun die Nichtigkeitsbeſchwerde gegen Endurtheile betrifft, ſo iſt es, wie wir unten ſehen werden, nothwendig, die einzelnen Arten derſelben nach ihrem verſchiedenen Inhalte geſondert zu betrachten und bei einer jeden die Frage zu beantworten, ob ſie im Allgemeinen Gegenſtand der Nichtigkeitsbeſchwerde ſein könne, oder, mit andern Worten, ob nach Maaßgabe des Inhaltes des Urtheiles die Nichtigkeitsbeſchwerde gegen dieſes zuläſſig ſei oder nicht.

Bevor wir jedoch hiezu übergehen, liegt uns ob, noch eine andere auf den Gegenſtand der Nichtigkeitsbeſchwerde Bezug habende Frage in Betracht zu ziehen.

Nach franzöſiſchem Rechte und der ihm folgenden neueren deutſchen Geſetzgebung iſt nämlich die Nichtigkeitsbeſchwerde nur gegen ſolche Urtheile zuläſſig, welche von irgend einer Strafbehörde in letzter Inſtanz (en dernier ressort) erlaſſen ſind.

Dieſe Beſtimmung hat nur da Sinn und Bedeutung, wo — es mag nun zu billigen oder zu tadeln ſein — das Rechtsmittel der Appellation beſteht, wie dies im franzöſiſchen Rechte und der

1) Daß nur der tenor des Erkenntniſſes, nicht auch die Motive deſſelben zu einer Nichtigkeitsbeſchwerde, wie zu einem Rechtsmittel überhaupt, Anlaß geben können, verſteht ſich wohl von ſelbſt.

neueren deutſchen Geſetzgebung der Fall iſt. Sie bezieht ſich weſentlich auf das Verhältniß der Nichtigkeitsbeſchwerde zur Appellation. Die Nichtigkeitsbeſchwerde iſt hier überall unzuläſſig, wo noch appellirt werden kann. Sie hat alſo hier den Charakter eines außerordentlichen Rechtsmittels und wird auch von den franzöſiſchen Juriſten ausdrücklich als ſolches (voie extraordinaire) bezeichnet.

In den kriminellen Sachen iſt die Nichtigkeitsbeſchwerde allerdings das einzige Rechtsmittel, weil das Urtheil des Schwurgerichts überall ein letztinſtanzliches, inappellables iſt. Bei den korrektionellen und polizeilichen Urtheilen dagegen, ſoweit ſolche von der erſten Inſtanz ausgegangen, iſt die Appellation das einzige Rechtsmittel, welches außer dem Grunde einer unrichtigen Entſcheidung der Thatfrage auch noch auf ebendieſelben Gründe geſtützt werden kann, wie die Nichtigkeitsbeſchwerde. Nach jenen Rechten kann alſo niemals das Urtheil eines Gerichtes der erſten von mehreren Inſtanzen oder mit anderen Worten ein appellables Urtheil Gegenſtand der Nichtigkeitsbeſchwerde ſein.

In unſerem Syſteme dagegen kann nach dem, was wir oben über die Unſtatthaftigkeit einer Anfechtung der Thatfrageentſcheidung angeführt haben, die bezeichnete Beſtimmung keinen Platz finden. Bei uns ſind alle ſtrafgerichtlichen Urtheile Entſcheidungen der letzten Inſtanz im Sinne des franzöſiſchen Rechts. Wir kennen keinen Unterſchied zwiſchen der Thatfrageentſcheidung einer Jury und der eines Richterbeamtenkollegiums. Uns ſind beide, abgeſehen von dem Rechtsmittel der Reviſion, dem beide unterliegen, unter der Vorausſetzung, daß ſie nicht nach einer formellen Beweistheorie zu Stande gekommen ſind, unanfechtbar.

Wir haben aber auch keinen Grund, in der Nichtigkeitsbeſchwerde ein außerordentliches Rechtsmittel zu erblicken. Wir kennen, abgeſehen vom Falle der contumacia nur 2 Rechtsmittel, das der Reviſion und das der Nichtigkeitsbeſchwerde. Soll nun überhaupt Eines derſelben als außerordentliches bezeichnet werden, ſo kann dies die Nichtigkeitsbeſchwerde gewiß weit weniger ſein, als die Reviſion, indem jene vorausſetzt, daß die Entſcheidung noch nicht rechtskräftig d. h. vollſtreckbar ſei, ſowie auch den Suspenſiveffekt hat und an beſtimmte Friſten gebunden iſt, wie die Appellation, — was Alles bei der Reviſion nicht der Fall iſt.

Wir glauben aber die Unterscheidung in unserem System als eine völlig gehaltlose und unpraktische unbedenklich über Bord werfen zu können. Nach unseren Grundsätzen können also alle strafgerichtlichen Urtheile ohne Ausnahme Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde sein und die angeführte auf das Verhältniß der Nichtigkeitsbeschwerde zur Appellation sich beziehende Regel existirt in unserem Systeme nicht.

In Bezug auf die einzelnen Arten des Urtheils nach Verschiedenheit ihres Inhaltes ist nun aber zu unterscheiden:

I. Das eine Strafe verhängende Urtheil,
II. das von der Strafe freisprechende Urtheil und
III. das von der Anklage freisprechende Urtheil.

ad I. Es bedarf wohl keiner weitläufigen Auseinandersetzung, daß dasjenige Urtheil, wodurch eine Strafe verhängt wird, Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde sein könne. Es existirt hier keine andere Voraussetzung, als die, daß eben einer der in den vorausgehenden §§. erörterten Gründe vorliege. Bei einem dieser Hauptgründe, nämlich bei dem Fehler gegen eine prozessualische Vorschrift, werden wir aber eine Beschränkung bezüglich der Person kennen lernen[1]), welche Beschränkung jedoch, wie wir sehen werden, nicht auf der Natur der Sache, insbesondere nicht auf der Natur des hier in Rede stehenden Urtheiles beruht, sondern von der Gesetzgebung, namentlich der bayerischen, aus Humanitätsrücksichten statuirt worden ist.

§. 56.

Fortsetzung.

ad II. Es ist ebenso im französischen Rechte und in der neueren deutschen Gesetzgebung anerkannt, daß ein auf Freisprechung von der Strafe lautendes Urtheil (absolution) Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde sein könne[2]). Es kann dieses jedoch nur selten der Fall sein, da die Nichtigkeitsbeschwerde bei diesem Inhalte auf den einzigen ganz speziellen Grund beschränkt wird, wenn die

1) S. unten §. 61.

2) C. J. Art. 410 Abs. 2; bayer. Ges. v. 10. Nov. 1848 Art. 234; sächs. Entwurf Art. 323, II., 1.

Anſicht von der Strafloſigkeit der als begangen angenommenen Handlung eine irrthümliche iſt.

Mit dieſer Beſchränkung hängt ſodann die weitere zuſammen, daß ein derartiges Urtheil nur von Seite der Staatsbehörde mit der Nichtigkeitsbeſchwerde angefochten werden kann, indem ſie nach jener Beſtimmung immer nur den Zweck hat, an die Stelle des von der Strafe freiſprechenden Urtheiles ein Strafe verhängendes zu ſetzen.

Wenn wir daher die erſtere Beſchränkung billigen, ſo müſſen wir allerdings auch die letztere anerkennen. Allein wir glauben jene nicht billigen zu können.

Die Beſchränkung der Nichtigkeitsbeſchwerde bei dem fraglichen Inhalte des Urtheils auf den Fall, daß die Annahme der Strafloſigkeit der Handlung eine irrthümliche iſt, erklärt ſich für das bayeriſche Recht daraus, daß daſſelbe die Nichtigkeitsbeſchwerde wegen eines error in judicando auf den Fall eines Fehlers in der von dem Gerichtshofe auszuſprechenden Sentenz beſchränkt und ſie im Falle eines Fehlers in der Subſumtion der Thatſachen unter den Verbrechensbegriff, welche im verdict enthalten iſt, nicht anerkennt.

Da wir jedoch die Zulaſſung der Nichtigkeitsbeſchwerde in dieſem Falle für ebenſo nothwendig halten, wie in jenem, ſo kann bei uns ein auf Freiſprechung von der Strafe lautendes Urtheil auch aus dem Grunde mit der Nichtigkeisbeſchwerde angefochten werden, weil die im Verdikte enthaltene rechtliche Qualifikation der Handlung eine irrthümliche ſei.

Daß der Angeklagte hiebei ein Intereſſe haben könne, kann wohl nicht beſtritten werden. Es ſind hier folgende Fälle zu unterſcheiden: entweder wird das Urtheil von der Staatsbehörde angegriffen, um ein Strafe verhängendes Erkenntniß zu erlangen, oder aber es wird nicht angegriffen.

Erſteren Falles kann es offenbar dem Angeklagten nicht gleichgiltig ſein, wie die Qualifikation der Handlung lautet, ob ſie z. B. als einfacher oder ausgezeichneter Diebſtahl oder etwa gar als Raub qualifizirt iſt. Denn wenn der Staatsanwalt mit ſeiner Anfechtung des gerichtlichen Erkenntniſſes obſiegt, und bei der zweiten Urtheilsfällung vielleicht gefunden wird, daß die Annahme der Strafloſigkeit der Hand-

lung eine irrige ſei, daß z. B. keine Verjährung der Strafe vorliege, — ſo kann es geſchehen, daß der Angeklagte, der vielleicht nur eines Diebſtahls ſchuldig iſt, die weit härtere Strafe des Raubes zu erleiden hat.

Bei der Ungewißheit des Inhaltes des zweiten Erkenntniſſes hat daher der Angeklagte immer ein bedeutendes Intereſſe, daß ihm die Möglichkeit gegeben werde, zugleich mit dem Staatsanwalte das auf Freiſprechung von der Strafe lautende Urtheil anzufechten. Dieſer ſtützt ſeine Anfechtung darauf, daß die Annahme der Strafloſigkeit der Handlung eine irrthümliche ſei, jener darauf, daß die im Verdikte enthaltene rechtliche Qualifikation der Handlung mit den betreffenden geſetzlichen Beſtimmungen im Widerſpruche ſtehe.

Aber auch dann, wenn das Urtheil von der Staatsbehörde nicht angegriffen wird, kann dem Angeklagten, der durch das Verdikt für ſchuldig eines Verbrechens erklärt wird, die Qualifikation der Handlung nicht gleichgiltig ſein. Es kann ihm möglicherweiſe daran gelegen ſein, daß die Qualifikation als eine vielleicht zu harte aufgezeigt und in die den betreffenden geſetzlichen Beſtimmungen entſprechende umgewandelt werde.

Ferner iſt auch der Fall denkbar, daß die Handlung, welche den Gegenſtand der Anſchuldigung bildete und wegen deren der Angeklagte im Wahrſpruche eines Verbrechens für ſchuldig erklärt wurde, nach der betreffenden poſitiven Geſetzgebung gar kein Verbrechen bilde. Z. B. es käme der Fall vor, daß Jemand des Hochverrathes gegen das deutſche Reich angeklagt und von den Geſchwornen dieſer Handlung als eines Verbrechens für ſchuldig erklärt, jedoch von dem Gerichtshofe zwar nicht wegen Strafloſigkeit der Handlung überhaupt, aber wegen eines in concreto vorhandenen Strafaufhebungs- oder Tilgungsgrundes z. B. Verjährung — von der Strafe freigeſprochen worden wäre.

Wenn es nun in der betreffenden poſitiven Geſetzgebung gar kein Verbrechen des Hochverraths gegen das deutſche Reich, ſondern etwa nur gegen den betreffenden Staat des Bundes gäbe, — ſo könnte zwar der Angeklagte auch dann, wenn der Gerichtshof ſein Urtheil auf dieſen Grund gebaut hätte, nur Freiſprechung von der Strafe erlangen, weil im Falle eines bejahenden Verdikts (nach dem franzöſiſchen Rechte und den meiſten neueren deutſchen Geſetzgebungen

— ob richtig oder nicht, iſt freilich eine andere, hier nicht zu erörternde Frage) niemals Freiſprechung von der Anklage erfolgen kann.

Allein der Angeklagte könnte möglicherweiſe doch ein Intereſſe daran haben, daß er gerade aus dem in Rede ſtehenden Grunde freigeſprochen würde. Dem ſtünde nun freilich wieder der Umſtand entgegen, daß niemals die Motive eines Urtheils als ſolche und für ſich allein, Gegenſtand der Nichtigkeitsbeſchwerde ſein können, ſondern immer nur der tenor des Erkenntniſſes, welcher bei beiden Entſcheidungsgründen derſelbe wäre.

Eine andere Frage iſt jedoch die, ob nicht Zweckmäßigkeitsgründe vorhanden ſeien, dem Angeklagten die Nichtigkeitsbeſchwerde gegen ein von der Strafe freiſprechendes Urtheil (wegen unrichtiger Qualifikation) nur in dem Falle und unter der Vorausſetzung zu geſtatten, daß das Urtheil vom Staatsanwalte wirklich angefochten wird, wo alſo die Gefahr für den Angeklagten vorhanden iſt, von welcher wir oben geſprochen haben. Wenn man erwägt, daß allerdings nur in dieſem Falle von einem bedeutenden Intereſſe des Angeklagten die Rede ſein könne, ſo dürfte die Frage zu bejahen ſein, damit nicht das Obergericht zu ſehr mit Geſchäften überhäuft werde.

Wir glauben aber noch einen Schritt weiter gehen und fordern zu müſſen, daß man dem Angeklagten überhaupt und insbeſondere unter der ſo eben bezeichneten Bedingung die Nichtigkeitsbeſchwerde auch aus dem Grunde geſtatte, daß in dem Verfahren ein Fehler (error in procedendo) begangen worden ſei, alſo nicht bloß wegen eines error in judicando, worauf der Staatsanwalt beſchränkt iſt.

Dies, ſo wie überhaupt unſer Vorſchlag, auch dem Angeklagten die Nichtigkeitsbeſchwerde gegen eine absolution zu gewähren, ſcheint jedenfalls den Vorzug vor dem Verfahren zu verdienen, zu welchem man ſich genöthiget ſieht, wenn dem Angeklagten die fragliche Beſchwerde verſagt iſt, und welches z. B. die Praxis in Bayern [1]) eingeſchlagen hat.

Auch nach bayeriſchem Rechte iſt nämlich ein von der Strafe freiſprechendes Erkenntniß dem Angeklagten gegenüber unanfechtbar. Wenn nun der Staatsanwalt die Nichtigkeitsbeſchwerde gegen

1) Vgl. Sitzungsberichte der bayer. Strafgerichte Bd. IV. S. 313 ff.

ein ſolches Erkenntniß erhebt und mit derſelben nicht nur bei dem Kaſſationshofe durchdringt, ſondern wenn dann auch an die Stelle des vernichteten freiſprechenden Erkenntniſſes vom Schwurgerichtshofe der nächſten Aſſiſe ein verurtheilendes Erkenntniß geſetzt wird, ſo erklärt der oberſte Gerichtshof eine Nichtigkeitsbeſchwerde des Angeklagten (nunmehr Verurtheilten) für zuläſſig, welche ſich darauf gründet, daß in dem Verfahren vor der Schöpfung des Wahrſpruches z. B. bei der Frageſtellung die Verletzung einer weſentlichen Prozeßvorſchrift vorgekommen ſei.

Die Praxis geht bei der Zuläſſigkeitserklärung einer ſolchen Beſchwerde von der gewiß richtigen Erwägung aus, daß das neue verurtheilende Erkenntniß, der aufrecht erhaltene Wahrſpruch und das demſelben vorausgegangene Verfahren ebenſo als Ein zuſammengehöriges untrennbares Ganze zu betrachten ſeien, wie wenn gleich Anfangs auf den Wahrſpruch ein verurtheilendes Erkenntniß erfolgt wäre, und daß es nicht nur unbillig, ſondern auch inkonſequent wäre, dem Angeklagten, der nicht das Recht hatte, das erſte Erkenntniß anzufechten, die Beſchwerde auch gegen das zweite zu verſagen; denn er müßte nach dieſer Maxime darunter leiden, daß der frühere Schwurgerichtshof bei der absolution geirrt hat. Es iſt nicht einzuſehen, warum er weniger Recht haben ſoll, als derjenige, der von der Strafe nicht freigeſprochen worden.

Unſer Vorſchlag, wonach dem Angeklagten die Nichtigkeitsbeſchwerde im fraglichen Falle zuſtehen ſoll, würde offenbar den Vortheil bieten, daß ſolche Beſchwerden, die auf das frühere Verfahren zurückgreifen und möglicherweiſe zur Vernichtung auch des zweiten Urtheils führen, ausgeſchloſſen wären, indem der Angeklagte das Beſchwerderecht natürlich nicht mehr hätte, wenn er von demſelben nicht zugleich mit dem Staatsanwalte Gebrauch gemacht haben würde.

Was endlich die Frage betrifft, ob man die Nichtigkeitsbeſchwerde gegen ein von der Strafe freiſprechendes Urtheil *wegen* angeblich *unrichtiger Subſumtion* der Thatſachen unter den geſetzlichen Verbrechensbegriff *nur* dem Angeklagten, nicht *auch der Staatsbehörde* einräumen ſolle, ſo iſt die Antwort hierauf ſehr leicht, wenn man nur gehörig ins Auge faßt, was eine ſolche Nichtigkeitsbeſchwerde denkbarerweiſe bezwecken könnte.

Der Staat, deſſen Vertreter der Staatsanwalt iſt, kann kein

großes Intereſſe daran haben, ob der Angeklagte, deſſen Freiſprechung nicht zu ändern iſt, im Wahrſpruche wegen Diebſtahls oder Raubes für ſchuldig erklärt wurde. Höchſtens könnte es hier im Falle eines groben Irrthums in der Qualifikation angezeigt ſein, daß der Staatsanwalt an dem Obergerichte eine Beſchwerde im Intereſſe des Geſetzes erhebe.

§. 57.

Fortſetzung.

ad III. Ein von der Anklage freiſprechendes Erkenntniß (acquittement) kann nach den poſitiven Rechten niemals Gegenſtand der Nichtigkeitsbeſchwerde ſein. Dieſer Grundſatz gilt überall, wo Schwurgericht beſteht [1]).

Wenn wir nun dieſen Grundſatz einer näheren Prüfung unterwerfen, ſo verſteht es ſich fürs Erſte wohl von ſelbſt, daß es ſich hier nur um die Anfechtbarkeit eines ſchwurgerichtlichen Erkenntniſſes handeln kann, indem das acquittement eine dem Schwurgerichte ausſchließlich angehörige Urtheilsart iſt.

Das bezirksgerichtliche (korrektionelle oder zuchtpolizeigerichtliche) Urtheil lautet entweder einfach auf Freiſprechung [2]) oder auf Zuerkennung einer Strafe, und das korrektionelle Urtheil der erſten Art kann ebenſo, wie das der zweiten, je nach dem es von der erſten oder zweiten Inſtanz ausgegangen iſt, mit dem Rechtsmittel der Berufung oder dem der Nichtigkeitsbeſchwerde angefochten werden. Auch findet wenigſtens bei der Berufung gar kein Unterſchied Statt, ob die Freiſprechung aus dem Grunde erfolgte, aus welchem in den ſchwurgerichtlichen Fällen das acquittement ausgeſprochen wird, oder aus einem Grunde, der in dieſen Fällen zu einer

---

1) Er iſt aber, wie wir ſehen werden, in der preußiſchen Geſetzgebung nicht unbedeutend modificirt. Vgl. Geſ. v. 3. Mai 1852 Art. 109. — Ueber die Grundſätze der franzöſiſchen Praxis ſ. de Molènes, traité prat. des fonct. de proc. du roi Paris 1843 I. tom. pag. 379. Rogron Les Cod. franc expl. (3. ed. Paris 1847) II. part. (zu Art. 409 C. J.) p. 362.

2) Der bayer. Entwurf einer Strafprozeßordnung v. 1851 im Art. 502 kennt zwar auch nur Eine Art der Freiſprechung für die bezirksgerichtlichen Fälle, nennt dieſe aber nicht Freiſprechung ſchlechtweg, ſondern Freiſprechung von der Anklage.

Absolution führt. Die Berufung kann in jenem Falle ebenso ergriffen werden, wie in diesem.

Bei der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Erkenntniß der zweiten Instanz in korrektionellen Strafsachen könnte vielleicht die Frage entstehen, ob sie nicht — analog den Bestimmungen über die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde gegen schwurgerichtliche Erkenntnisse — für den Fall auszuschließen wäre, wenn die Freisprechung aus dem Grunde geschah, aus welchem in den Assisenfallen auf acquittement erkannt wird, d. i. wenn die Schuldfrage gänzlich verneinend beantwortet ist. Dieselben Gründe, welche für die Ausschließung der Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein von der Anklage freisprechendes schwurgerichtliches Erkenntniß sprechen, stehen auch der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das freisprechende appellationsgerichtliche Erkenntniß entgegen, wenn dieses wegen Verneinung der Schuldfrage erlassen wurde, — und es wäre vielleicht eben in Rücksicht auf diese Beschränkung der Nichtigkeitsbeschwerde zweckmäßig, die Urtheilsform der „Freisprechung von der Anklage" auch für die korrektionellen Strafsachen aufzunehmen, — um auch in diesen Fällen die Prüfung der Zulässigkeit der Beschwerde so leicht zu machen, wie in schwurgerichtlichen.

Indessen haben wir noch zu bemerken, daß bei unserer Ansicht von der Verwerflichkeit der Berufung die fragliche Urtheilsform nicht für die Erkenntnisse der Appellationsgerichte, sondern für die der Bezirksgerichte einzuführen wäre. Denn, wenn die Entscheidung der Thatfrage seitens eines Bezirksgerichts unanfechtbar ist, so so kann das Appellgericht gar nicht in die Lage kommen, ein acquittement auszusprechen. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist nach unserem Systeme ebenso das Rechtsmittel gegen die bezirksgerichtlichen, wie gegen die schwurgerichtlichen Urtheile, und sie geht gegen beiderlei Urtheile zunächst immer an ein Appellationsgericht [1]).

In unserem Systeme würde also auch nach dieser Seite hin d. i. was die Frage der Anfechtbarkeit der verschiedenen Urtheilsarten betrifft, die vollkommenste Einfachheit und Gleichförmigkeit herrschen. Der grundlose Unterschied zwischen den freisprechenden schwurgerichtlichen und bezirksgerichtlichen Erkenntnissen bezüglich ihrer Anfechtbarkeit ist in unserem Systeme aufgehoben. Wenn und insoweit

1) S. I. Abtheilung §. 39.

das von der Anklage freisprechende Erkenntniß eines Schwurgerichtshofes unanfechtbar ist, dann und insoweit muß (wegen Gleichheit des Grundes) auch das von der Anklage freisprechende Erkenntniß eines Bezirksgerichts unanfechtbar sein.

Ob nun aber die Unanfechtbarkeit eines acquittement — es sei schwurgerichtlich oder bezirksgerichtlich, — so unbedenklich sei, wie die positiven Gesetzgebungen angenommen zu haben scheinen, — dies soll nun im Folgenden näher untersucht werden.

Gegen die unbedingte Ausschließung der Nichtigkeitsbeschwerde im Falle eines acquittement erheben sich vorerst zwei sehr nahe liegende Einwendungen.

Für's Erste darf unserer Ansicht nach ein von der Anklage freisprechendes Erkenntniß nun und nimmermehr aufrecht erhalten werden, wenn nachgewiesen ist, daß das auf Nichtschuldig lautende Verdict auf unrechtmäßige, pflichtwidrige Weise zu Stande gekommen ist, mithin, wenn Ein oder mehrere oder sämmtliche Geschworne erwiesenermaſſen die von ihnen beschworne Pflicht der redlichen und überzeugungsgetreuen Stimmgebung verletzt haben, z. B. wenn Ein oder mehrere Geschworne bestochen waren oder wenn der Wahrspruch auf Entscheidung durch das Loos beruht. Auch Köstlin[1]) spricht sich in diesen Fällen für die Anfechtbarkeit aus.

Sodann muß doch wohl auch unzweifelhaft für den Fall eine Ausnahme von der Unanfechtbarkeit gemacht werden, wenn das acquittement ohne seine nothwendige Voraussetzung d. i. ein gänzlich verneinender Wahrspruch, erlassen wurde. Die Staatsbehörde muß in diesem wenn auch nicht leicht vorkommenden, so doch immerhin denkbaren Falle das Recht haben, das freisprechende Urtheil anzufechten. Hält etwa der Gerichtshof dafür, daß der im Wahrspruche für schuldig Erklärte in der That nicht schuldig sei, so ist er ermächtiget, sein Urtheil auszusetzen und einen wiederholten Wahrspruch durch andere Geschworne zu veranlassen[2]). Hält er dafür, daß die Handlung,

1) „Das Geschwornengericht für Nichtjuristen" Tüb. 1849. S. 215. — Vgl. über das englische Recht in dieser Beziehung Glaser „das engl.-schott. Strafverf." S. 153.

2) Vergl. C. J. Art. 352, welche Bestimmung sich auch in der deutschen Gesetzgeburg findet z. B. in dem bayer. Ges. vom 10. Nov. 1848 Art. 212. Preuß. Ges. v. 3. Mai 1852 Art. 99; hannov. St.-P.-O. §. 193; braunschw. St.-P.-O. §. 146; großh. hess. Ges. Art. 187 ꝛc.

deren der Angeklagte für schuldig erklärt worden, nicht strafbar sei, so mag er auf Freisprechung von der Strafe erkennen[1]). Freisprechung von der Anklage dagegen ist durchaus unstatthaft, wenn der Wahrspruch nicht gänzlich verneinend ausgefallen[2]).

Endlich drittens möchte hieher vielleicht der Fall zu zählen sein, wo die Geschwornenbank nicht nach den gesetzlichen Normen gebildet war, — in welchem Falle das preußische Gesetz v. 3. Mai 1852 Art. 109 der Staatsbehörde auch wirklich die Nichtigkeitsbeschwerde gestattet, obwohl „der Angeklagte von den Geschwornen für nicht schuldig erklärt worden ist."

Aber auch abgesehen von diesen drei Fällen führt uns die Frage der Anfechtbarkeit eines acquittement noch zu folgenden weiteren Erwägungen.

Was kann möglicherweise den Staatsanwalt zur Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein acquittement veranlassen; worin kann der Grund, mithin auch der Zweck dieser Beschwerde bestehen? In dem acquittement selbst, d. h. in dem Umstande, daß das Gericht die Freisprechung von der Anklage ausgesprochen, kann der Grund nicht liegen, insofern diesem Ausspruche die oben bezeichnete Voraussetzung d. i. ein gänzlich verneinender Wahrspruch zur Seite steht. Denn das acquittement ist nichts Anderes, als die nothwendige, unmittelbare Folge eines solchen Wahrspruches. Es liegt zwischen Beiden Nichts in Mitte, was Gegenstand eines Angriffes, einer Beschwerde und folglich einer Prüfung sein könnte. Daher ist der Grund der Beschwerde in dem verneinenden Wahrspruche, als der Ursache des acquittement zu suchen. Der Zweck der Beschwerde muß auf Vernichtung dieses Wahrspruches gerichtet sein; sie muß die Behauptung enthalten, daß der Wahrspruch anstatt verneinend — bejahend hätte ausfallen sollen.

Wie läßt sich nun diese Behauptung substanziiren? Welche Gründe lassen sich denkbarer Weise hiefür anführen, und was kann in Wirklichkeit einen verneinenden Wahrspruch herbeigeführt haben, wo ein bejahender zu erwarten und zu fordern gewesen wäre?

---

1) Vergl. C. J. Art. 364; bayer. Ges. Art. 202; Preuß. V.-O. v. 3. Jan. 1849 §. 125.

2) Dies ist auch in der französischen Jurisprudenz anerkannt. Rogron l. c. pag. 362. Morin Dict. pag. 32.

Bei Beantwortung dieſer Frage iſt vor Allem daran zu erinnern, daß überhaupt nur juriſtiſche Fehler als Grund zur Nichtigkeitsbeſchwerde angeführt werden können. Auch hier kann es ſich alſo von vorneherein niemals darum handeln, ob der verneinende Wahrſpruch deßhalb zur Nichtigkeitsbeſchwerde gegen das acquittement Veranlaſſung geben könne, weil die Beweisfrage unrichtig entſchieden ſei; — m. a. W. die Nichtigkeitsbeſchwerde gegen das acquittement läßt ſich niemals damit ſubſtanziiren, daß die Geſchwornen irrthümlich die Anſchuldigung für nicht gehörig bewieſen (oder die Beweisführung nicht für überzeugend) gehalten haben. Die Nichtigkeitsbeſchwerde könnte in ſolcher Weiſe nur unter der Vorausſetzung ſubſtanziirt werden, wenn die Entſcheidung der Beweisfrage an gewiſſe poſitive Beweisregeln gebunden wäre.

Iſt dies nicht der Fall, ſo kann der Nichtigkeitsbeſchwerde gegen das acquittement, wie überall, nur ein Fehler in der Rechtsanwendung und zwar entweder ein error in procedendo oder in judicando zu Grunde gelegt werden.

Es fragt ſich nun, inwieferne dieſe beiden Hauptgründe der Nichtigkeitsbeſchwerde als Veranlaſſung eines verneinenden Wahrſpruches vorkommen können, wo ein bejahender Wahrſpruch dem objektiven realen Sachverhalte gemäß am Platze geweſen wäre.

1) Inwieferne kann die Verletzung einer Prozeßvorſchrift Veranlaſſung zu einem ſolchen bedenklichen Wahrſpruche werden?

2) Inwieferne kann die unrichtige Anwendung der Beſtimmungen des ſogenannten materiellen Strafrechts Veranlaſſung zu einem ſolchen Wahrſpruche werden?

§. 58.

Fortſetzung.

ad 1) Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß es unmöglich iſt, die Fälle erſchöpfend anzugeben, in denen die Verletzung einer Prozeßvorſchrift, die ſich auf das Verfahren vor der Schöpfung des Wahrſpruches bezieht, zu einem verneinenden Wahrſpruche führen kann, wo ein bejahender indicirt war. Die Möglichkeit ſolcher Fälle wird aber ſicherlich nicht beſtritten werden.

Statt vieler nur ein paar Beiſpiele: Bei Vernehmung eines Taubſtummen als Angeklagten oder Zeugen wird eine Perſon als

Dollmetſcher beigezogen, welche der Taubſtummenſprache nicht gehörig kundig iſt und erwieſenermaſſen unrichtig verdollmetſcht hat. — Oder ein Hauptzeuge wurde unbeeidigt vernommen und hat zu Gunſten des Freigeſprochenen erweislich falſch deponirt.

Ferner gehört hieher auch der Fall, wenn der verneinende Wahrſpruch durch eine fehlerhafte Frageſtellung (Unterlaſſung oder poſitiver Irrthum) herbeigeführt wurde [1]).

In einer ſo ſubſtanziirten Nichtigkeitsbeſchwerde gegen ein acquittement iſt zwar implicite auch die Behauptung gelegen, daß die Beweisfrage oder Thatfrage unrichtig entſchieden ſei. Allein zwiſchen dieſem und jenem oben erörterten Falle beſteht der große Unterſchied, daß hier ein objektiv nachweisbarer und erkennbarer Fehler vorliegt, während dort die aller Prüfung unzugängliche, ungreifbare Ueberzeugung als fehlerhaft hingeſtellt wird [2]).

Wenn nun der Staatsanwalt wegen eines ſolchen Fehlers die Nichtigkeitsbeſchwerde gegen das acquittement erheben und mit derſelben obſiegen würde, ſo müßte natürlich nicht bloß das acquittement und der verneinende Wahrſpruch, ſondern auch das ganze dieſem vorausgegangene Verfahren vernichtet, und die Sache zur wiederholten Verhandlung und Aburtheilung verwieſen werden. Der Freigeſprochene muß ſich dann noch einmal den Widerwärtigkeiten einer gegen ihn gerichteten ſtrafrechtlichen Verhandlung und der Gefahr eines Strafurtheiles unterwerfen. So hart dies auch für den Betroffenen ſein mag, und zwar um ſo härter, als der Angeklagte an dem vorgekommenen Fehler, der Grund zur Kaſſation gegeben hat, durchaus keine Schuld trägt, — ſo muß doch wohl zugeſtanden werden, daß einer ſolchen Vernichtung, Verweiſung und wiederholten Verhandlung die Natur der Sache ebenſowenig entgegenſtehe, wie die Gerechtigkeit. Denn was erſtens die Gerechtigkeit betrifft, ſo kann dieſe doch nicht verlangen, daß der Angeklagte, wenn er ſchuldig iſt, der verdienten Strafe entgehe, weil in dem Verfahren gegen ihn ein Fehler

1) Das preuß. Geſ. v. 3. Mai 1852 Art. 109 läßt in dieſem Falle die Nichtigkeitsbeſchwerde des Staatsanwaltes auch wirklich zu.

2) Wir möchten hier auch noch auf die Verſchiedenheit der hier vorliegenden Fälle mit den Fällen aufmerkſam machen, in welchen eine Freiſprechung mit dem Rechtsmittel der Reviſion anfechtbar iſt. Siehe die Lehre von der Reviſion im folg. Kap.

begangen worden ist; — und was zweitens die Natur der Sache betrifft, so hängt ja die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde und die Möglichkeit ihres Erfolges überall nur davon ab, ob der Fehler, worauf sie gegründet werden will, ein erkennbarer ist und auf den Inhalt des Urtheils einen Einfluß gehabt hat, — zwei Voraussetzungen, die hier beide gegeben sind.

Die bayerische Gesetzgebung hat aber der Nichtigkeitsbeschwerde für diesen Fall einen doppelten Riegel vorgeschoben. Einmal läßt sie ja überhaupt gegen ein acquittement die Nichtigkeitsbeschwerde gar nicht zu [1]). Wir glauben diesen Riegel mit vorstehender Argumentation zurückgeschoben zu haben. Sodann aber enthält das bayerische Recht die besondere Bestimmung, daß die Staatsbehörde die Nichtigkeitsbeschwerde niemals wegen Verletzung einer Prozeßvorschrift, die sich auf das Verfahren vor Schöpfung des Wahrspruches bezieht, erheben kann. Auch diese Bestimmung beruht, wie jene, nicht auf der Natur der Sache und auf der Gerechtigkeit, sondern lediglich auf sogenannter Humanität, — ein Gebiet, auf welches wir dem Gesetzgeber nicht folgen können, da wir uns vorgesetzt haben, überall nur das zu zeigen, was sich aus der Natur der Sache selbst ergiebt.

§. 59.

Fortsetzung.

ad 2. Wenn untersucht werden will, inwieferne die unrichtige Anwendung einer Bestimmung des sogenannten materiellen Strafrechts Veranlassung zu einem verneinenden Wahrspruche werden kann, wo ein bejahender zu erwarten gewesen wäre, und inwieferne also hierauf eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen das acquittement gegründet werden kann, — so versteht es sich wohl von selbst, daß dabei eine solche Gesetzgebung vorausgesetzt wird, welche den Geschworuen die rechtliche Qualifikation der Handlung zuweist. Denn wo dies nicht der Fall ist, da kann auch von einer Anwendung des Gesetzes bei der Bildung des Wahrspruches überhaupt, also auch von einer unrichtigen Anwendung des Gesetzes gar nicht die Rede sein. Obige Frage ist daher gleichbedeutend mit der Frage, inwieferne die rechtliche Qualifikation auf die Bildung des

1) Anders das preuß. Ges. v. 3. Mai 1852 Art. 109.

Wahrſpruches einen ſolchen Einfluß üben könne, daß die Geſchwornen die an ſie geſtellte Frage anſtatt bejahen — verneinen.

Die Antwort auf dieſe Frage lautet ganz einfach ſo, daß die Geſchwornen möglicherweiſe die an ſie geſtellte Frage deßhalb verneinen, weil ſie der Anſicht ſind, daß der in dieſer Frage aufgeſtellte Reat zu ſchwer ſei (d. h. daß der ſchwere Reat nicht vorliege) und weil eine eventuelle Frage auf einen leichteren Reat, welche die Geſchwornen bejaht haben würden, an ſie nicht geſtellt wurde. Der letzte Grund des verneinenden Wahrſpruches liegt alſo hier darin, daß der Präſident reſp. der Gerichtshof es unterlaſſen oder verweigert haben, an die Geſchwornen eine ſolche eventuelle Frage zu ſtellen. Von ſelbſt verſteht ſich die weitere Vorausſetzung hiebei, daß den Geſchwornen überhaupt geſetzlich verboten iſt, in ihrem Wahrſpruche den Inhalt der an ſie geſtellten Fragen zu überſchreiten, und insbeſondere ohne beſondere Frage einen geringeren Reat zu konſtatiren [1]).

Allein nun entſteht die Frage, woraus denn zu entnehmen ſei, daß die Geſchwornen eine Frage auf den leichteren Reat bejaht haben würden, und daß der Wahrſpruch eben bloß deßhalb verneinend ausfiel, weil an die Geſchwornen keine ſolche eventuelle Frage geſtellt wurde. Die Geſchwornen dürfen ja (nach allen poſitiven Rechten) ihrem Wahrſpruche keine Motive oder rechtfertigende und erläuternde Bemerkungen beifügen.

Nach der franzöſiſchen und neueren deutſchen Geſetzgebung bleibt es auch wirklich überall ganz unbekannt, ob ein verneinender Wahrſpruch deßhalb erfolgte, weil die Geſchwornen den Angeklagten gänzlich für nicht ſchuldig hielten, oder weil ſie ihn zwar eines leichteren, nicht aber des in den an ſie geſtellten Frage bezeichneten ſchweren Reates für ſchuldig hielten. Die Geſchwornen dürfen ebenſowenig ausſprechen, daß ſie den Angeklagten eines beſtimmten geringeren Reates für ſchuldig erklärt haben würden, wenn darauf an ſie eine Frage geſtellt worden wäre, — als ſie berechtiget ſind,

1) So dürfen z. B. die Geſchwornen nach bayeriſchem Rechte nur eine an ſie geſtellte Frage theilweiſe verneinen; im Uebrigen ſind ſie in ihrem Wahrſpruch an den Inhalt der Fragen gebunden. S. Geſ. v. 10. Nov. 1848 Art. 189, 190 und beſonders 191. — Ueber die Frage, ob jenes Verbot zweckmäßig ſei, gedenkt der Verfaſſer ſich demnächſt an einem anderen Orte auszuſprechen. —

geradezu zu erklären, daß der Angeklagte zwar nicht des schweren, wohl aber des leichteren Reates schuldig sei.

Hienach kann es auch nicht befremden, daß die positiven Rechte keine Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein acquittement kennen, welche darauf gegründet wäre, daß die Geschwornen die von ihnen für bewiesen gehaltene Schuld des Angeklagten irrthümlich für einen leichteren, als den in der Frage aufgestellten Reat angesehen und in Ermanglung einer auf den leichteren Reat gerichteten eventuellen Frage die an sie wirklich gestellte verneint haben.

Gleichwohl wird man gestehen müssen, daß es ein greller Mißstand sei, wenn ein Schuldiger bloß deßhalb der Strafe entgeht, weil entweder die Geschwornen der irrthümlichen Ansicht sind, daß der in der Frage bezeichnete schwerere Reat nicht vorliege oder weil umgekehrt der Präsident resp. Gerichtshof sich bei der Frageſtellung in Bezug auf die rechtliche Qualifikation irrte. Wie läßt sich diesem Mißstand abhelfen? Schwerlich dürfte eine Abhilfe zu finden sein, solange an dem in der Natur der Sache keineswegs begründeten Axiom festgehalten werden will, daß der Wahrspruch der Geschwornen immer und ohne Ausnahme unmotivirt sein müsse.

Nach unserem Dafürhalten ist die Nothwendigkeit und die Zweckmäßigkeit dieser Einrichtung wenigstens sehr problematisch [1]), und wir glauben jedenfalls berechtiget zu sein, zur Abhilfe jenes Mißstandes die Modifikation in Vorschlag zu bringen, daß die Geschwornen insoweit verpflichtet werden, ihren Wahrspruch zu begründen, als dies zu dem angegebenen Zwecke nothwendig ist. Die Geschwornen sollten nämlich für den Fall, daß sie den Angeklagten zwar nicht nach Maaßgabe der an sie gestellten Frage, wohl aber eines geringeren Reates für schuldig halten, gesetzlich verpflichtet werden, das Letztere ihrem verneinenden Wahrspruche beizufügen.

§. 60.

Fortsetzung.

Wenn nun aber den Geschwornen die fragliche Erklärung für den bezeichneten Fall zur Pflicht gemacht wird, so entsteht die weitere

1) Wir werden auf diese Frage in der Lehre von der Revision §. 71 zurückkommen müssen.

Frage, welche rechtliche Wirkung einer solchen Erklärung der Geschwornen beizulegen sei. Daß das Gesetz sie nicht wirkungslos lassen darf, wenn es sie überhaupt verlangt, versteht sich wohl von selbst. Es fragt sich nur, ob man ihr unbedingt und für alle Fälle einen entscheidenden Einfluß auf das Endurtheil gestatten soll, so daß zwar diesem niemals der von den Geschwornen negirte schwerere Reat, wohl aber der in der Erklärung aufgestellte leichtere Reat zu Grunde gelegt werden, also in keinem Falle ein acquittement erfolgen könnte.

Wir glauben uns gegen eine derartige unbedingte Wirksamkeit der fraglichen Erklärung aussprechen zu sollen, weil es sich hier um die rechtliche Qualifikation, also eine juristische Operation handelt, worin die Geschwornen leichter irren können, als die rechtsgelehrten Richter, und der Irrthum überall beseitiget werden soll, wo dies möglich ist. Haben sich die Geschwornen in der Verneinung des schwereren Reates und in der Annahme des leichteren geirrt, so muß die Möglichkeit gegeben sein, daß der schwerere Reat wieder zur Geltung komme und über den Angeklagten die diesem entsprechende Strafe verhängt werde.

Dies kann nun aber möglicherweise auf zweierlei Art eingerichtet werden. Entweder macht man es schon dem Gerichtshof zur Pflicht, den Werth der Erklärung zu prüfen und seiner Ansicht gemäß den schwereren oder den von den Geschwornen angenommenen leichteren Reat seinem Strafurtheile zu Grunde zu legen, so daß ein acquittement im Falle einer solchen Erklärung überall gar nicht möglich wäre, — oder man überläßt es dem Staatsanwalte, das acquittement, welches der Gerichtshof in Folge des verneinenden Wahrspruches zu fällen hätte, auf Grund der fraglichen Erklärung anzufechten, und zwar entweder so, daß sein Antrag auf Giltigkeit des in der Frage enthaltenen schwereren Reates gerichtet wäre, d. h. indem er die von den Geschwornen aufgestellte Qualifikation als irrthümlich angriffe, oder so, daß sein Antrag auf Giltigkeit des in der Erklärung bezeichneten leichteren Reates gerichtet wäre.

Das Erstere verdient aber unstreitig den Vorzug. Denn wenn die Erklärung tauglich ist zur Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde, und zur Kassation des acquittement, sowie zu einem ihr entsprechenden Strafurtheile führen kann, so ist nicht abzusehen, warum man die

Möglichkeit eines ſolchen Strafurtheiles nicht ſchon bei der erſten Erkenntnißfällung eintreten laſſen will. Was der Staatsanwalt, der Kaſſationshof und etwa der Gerichtshof, an welchen die Sache zur wiederholten Erkenntnißfällung verwieſen würde, — thun können, d. i. die Prüfung der Richtigkeit der Erklärung und was daraus folgt, — das kann offenbar auch ſchon der Gerichtshof thun, vor welchem die Geſchwornen ihre Erklärung abgegeben haben [1]).

Indeſſen würde dadurch die Anfechtbarkeit der Entſcheidung des Gerichtshofes von Seiten der Staatsbehörde natürlich keineswegs ausgeſchloſſen, — und ſie dürfte um ſo weniger ausgeſchloſſen werden, als ſich der Gerichtshof reſp. der Präſident durch die Frageſtellung mit der Erklärung der Geſchwornen ſchon vor dieſer gewiſſermaßen in Conflict geſetzt hat, indem dieſe Erklärung implicite immer einen Widerſpruch mit der in der Frageſtellung ausgeſprochenen Anſicht über die rechtliche Qualifikation der Handlung enthält.

Ebenſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß, wenn in Folge einer ſolchen Erklärung der jury anſtatt des acquittement ein Strafurtheil ausgeſprochen wird, — auch der Verurtheilte die Nichtigkeitsbeſchwerde gegen dieſes, wie gegen jedes andere Strafurtheil erheben könne, — wie es ſich denn überhaupt, wenn eine ſolche Erklärung von den Geſchwornen gefordert und derſelben die bezeichnete Wirkung beigelegt wird, nur noch ſehr ſelten treffen kann, daß ungeachtet der Erklärung ein acquittement erfolge. Nur in dem Falle wird nämlich noch von der Nichtigkeitsbeſchwerde (des Staatsanwaltes) gegen ein acquittement die Rede ſein können, wenn der Gerichtshof der Anſicht iſt, daß weder der in der Frage, noch der in der Erklärung bezeichnete Reat vorliege. In der Regel wird die Erklärung zu einem Strafurtheile führen.

Offenbar kann aber unſerem Vorſchlage nicht entgegengehalten werden, daß durch denſelben den Geſchwornen auf verſteckte Weiſe die Befugniß ertheilt werde, überall nach Belieben vom Angeklagten

1) Wenn man in dieſer Befugniß des Schwurgerichtshofes eine ſpezielle Anwendung jener Reviſionsbefugniß erblicken will, von welcher oben §. 45 die Rede war, ſo haben wir nichts dagegen einzuwenden; nur iſt zu bemerken, daß dieſe Reviſionsbefugniß nach unſerer Anſicht auf die hier in Rede ſtehenden Fälle beſchränkt bleiben muß.

die verdiente ſchwerere Strafe abzuhalten. Denn der Gerichtshof ſoll nach unſerem Vorſchlage ermächtiget ſein, den von den Geſchwornen irrthümlich verneinten ſchwereren Reat zur Geltung zu bringen (natürlich mit Vorbehalt der Nichtigkeitsbeſchwerde gegen ſeine Entſcheidung). —

Ebenſowenig läßt ſich endlich einwenden, daß dadurch die Bedeutung der Frageſtellung geſchmälert oder gar vernichtet werde. Denn wenn auch die beigefügte Erklärung der Geſchwornen möglicherweiſe zu einem Reſultate führte, welches durch die an die Geſchwornen geſtellten Fragen nicht bedingt war, — ſo iſt doch einerſeits eben ein ſolches Reſultat durch die Erklärung nicht nothwendig und für jeden Fall geſetzt, und kann andererſeits dem Inſtitute der Frageſtellung, wenn wir auf die Natur der Sache ſehen, doch auch nicht die Bedeutung beigelegt werden, daß überall gar nichts Anderes, als die einfache Bejahung oder Verneinung der aufgeſtellten Fragen Geltung haben könne, und jedes Dritte abſolut ausgeſchloſſen ſein müſſe. Die Bedeutung der Frageſtellung beſteht der Natur der Sache gemäß vielmehr in Folgendem. Für's Erſte ſoll dadurch den Geſchwornen das Verſtändniß der vorliegenden Straffache erleichtert werden. Sodann haben die Fragen allerdings auch die Beſtimmung, die Geſchwornen in ihrem Veridiciren zu beſchränken. Es ſoll durch ſie den Geſchwornen die Möglichkeit extravaganter Erklärungen benommen werden. Aber die Schranke kann doch wohl keine andere ſein, als die, welche den Fragen ſelbſt geſetzt iſt, d. i. das Verweiſungserkenntniß: — der Angeklagte darf nicht wegen einer anderen, als der im Verweiſungserkenntniſſe bezeichneten That verurtheilt reſp. für ſchuldig erklärt werden. Die That bleibt aber dieſelbe, ſie mag als Raub I. oder II. Grades, als Verſuch oder Vollendung ꝛc. qualifizirt ſein.

§. 61.

C. Wem ſteht die Nichtigkeitsbeſchwerde zu?

Erſt jetzt, nachdem wir von dem Gegenſtande und den Gründen der Nichtigkeitsbeſchwerde gehandelt haben, kann füglich die Frage beantwortet werden, wem die Nichtigkeitsbeſchwerde zuſtehe.

Wir werden auch hier wieder der leichteren Ueberſicht wegen die

einzelnen Urtheilsarten nach Verschiedenheit ihres Inhaltes gesondert betrachten.

Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß es sich hier überall nur von den beiden Parteien des Strafprozesses, dem Angeklagten und dem Staatsanwalte handeln könne. Wir betrachten es als eine ausgemachte, einer besonderen Begründung nicht bedürftige Sache, daß die Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde von Seite jedes Dritten — Popularklage — unzulässig sei. Wenn auch die Beobachtung und richtige Anwendung der Gesetze eine Sache des allgemeinen Interesses ist, bei welcher jeder Staatsangehörige mehr oder weniger betheiligt erscheint, so hat doch dieses öffentliche Interesse in der Staatsbehörde die der Natur des Gegenstandes angemessenste Vertretung, welche jede weitere Geltendmachung nicht nur überflüssig, sondern auch unzweckmäßig und störend erscheinen läßt.

Was die Frage betrifft, ob und in welcher Art hiebei eine Stellvertretung für den Angeklagten zulässig, so dürfte es von vorneherein als unbestreitbare Maxime zu betrachten sein, daß man es mit der Prüfung der Vollmacht oder Legitimation so genau wie möglich zu nehmen habe.

Die Nothwendigkeit dieser Strenge ergiebt sich aus der Erwägung, daß — auch abgesehen von der Frage, ob eine reformatio in pejus oder durius statthaft sei, — der Angeklagte in Folge einer erfolgreichen Nichtigkeitsbeschwerde leicht in eine schlimmere Lage kommen kann, als er vorher war. Aus der zweiten Verhandlung oder Urtheilsfällung kann eine strengere Strafe resultiren, als die im angefochtenen Erkenntniß ausgesprochene. Von anderen Nachtheilen, wie Verlängerung der Untersuchungshaft, wollen wir gar nicht reden.

Es dürfte also vor Allem für die Zulässigkeit jeder Nichtigkeitsbeschwerde eine unzweifelhafte, ausdrückliche (und, wie sich von selbst versteht, rechtzeitige) Erklärung des Angeklagten selbst, daß er von dem Beschwerderecht Gebrauch machen wolle, zu fordern sein. Insoferne nun diese Erklärung nicht von dem Angeklagten selbst unmittelbar vor der betreffenden Gerichtskommission abgegeben wird, muß sein Wille entweder durch eine besondere ausdrückliche Bevollmächtigung ad hoc oder durch eine rechtzeitige Ratifikation zweifellos gestellt sein.

Die Berufung auf ein mandatum praesumtum darf weder dem

Vertheidiger noch den Verwandten des Angeklagten gestattet werden, sowie auch die im Falle einer Complizität von einem der Verurtheilten angemeldete Beschwerde auf die Consorten keine Wirkung erlangen kann. Dagegen dürfte es zulässig sein, daß ein Beschuldigter schon bei dem Beginne der Untersuchung seinen Vertheidiger zur eventuellen Einlegung aller gesetzlichen Rechtsmittel, mithin auch der Nichtigkeitsbeschwerde bevollmächtige.

Dies sind die Grundsätze, die uns sowohl im öffentlichen, als auch im Interesse des Angeklagten die richtigen zu sein scheinen, und die auch von der Praxis, namentlich der bayerischen adoptirt sind[1]).

Die Frage endlich, inwieferne der Civilpartei das Beschwerderecht zustehe, wenn die Gesetzgebung die Adhäsion gestattet, übergehen wir ganz mit Stillschweigen, weil wir darüber von unserem Standpunkte aus, und nach dem Zwecke dieser Abhandlung nichts Belangreiches zu sagen wüßten.

Dagegen ist hier noch zu erwähnen, daß der Vertheidiger und jeder Andere selbstständig — ohne Wissen und Willen des Angeklagten — auf die von diesem erhobene Beschwerde ebensowenig verzichten könne, als er sie selbstständig erheben kann[2]).

Was nun 1) das von der Anklage freisprechende Erkenntniß betrifft, so haben wir bereits oben[3]) gesehen, daß und warum die Staatsbehörde — von dem Angeklagten kann hier ohnehin nicht die Rede sein — ein solches Erkenntniß nur in sehr wenigen Fällen anfechten könne.

2) Ebenso haben wir bereits erörtert[4]), in welcher Ausdehnung und aus welchen Gründen die Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein von der Strafe freisprechendes Erkenntniß sowohl von Seite der Staatsbehörde, als auch von Seite des Angeklagten erhoben werden könne.

---

1) Vgl. Sitzungsberichte der bayer. Strafgerichte I. Bd. S. 114, 136, 183, 336, 341; II. 16, 474, 53, 276; IV. 151; dazu noch die „Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern" I. Bd. 1. Heft S. 36.

2) Auch dieser Grundsatz ist im bayerischen Recht bereits durch die Praxis festgestellt. Sitzungsber. IV., 344.

3) §. 57—60.

4) S. oben §. 56.

Es übrigt uns daher nur noch, zu zeigen, in welcher Weise die Nichtigkeitsbeschwerde

3) bei einem auf eine Strafe lautenden Urtheile sowohl dem Staatsanwalte als auch dem Angeklagten zustehe.

Bei Beantwortung dieser Frage ist nun zu unterscheiden nach den beiden Hauptgründen, aus denen überhaupt die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden kann, ob nämlich

a) ein error in judicando oder

b) ein error in procedendo vorliege.

ad a) Sowohl das französische Recht[1]), als auch die neuere deutsche Gesetzgebung gestatten die Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Strafe verhängendes Urtheil wegen eines bei der Urtheilsfindung vorgekommenen Fehlers (oder wie sich z. B. das bayerische Gesetz ausdrückt: „wenn von dem Schwurgerichtshofe das Gesetz unrichtig auf die durch den Wahrspruch der Geschwornen festgestellten Thatsachen angewendet worden ist") sowohl dem Staatsanwalte, als dem Angeklagten[2]).

Hievon macht, soweit uns die deßfallsigen Bestimmungen der neueren deutschen Strafprozeßordnungen gerade gegenwärtig sind, nur die braunschweigische Strafprozeßordnung eine bemerkenswerthe Ausnahme.

Während nämlich §. 159 dem Staatsanwalte die Nichtigkeitsbeschwerde einräumt, „wenn wesentliche Mängel in Bezug auf die Personen der Parteien oder die Zusammensetzung des Gerichts oder dessen Kompetenz vorliegen," und „wenn wesentliche Vorschriften über das Verfahren nicht beobachtet sind," versagt er sie ihm, „wenn bei der Urtheilsfällung ein Strafgesetz verletzt ist."

„In dieser Beschränkung", bemerkt der Commentator[3]) der braunschweigischen St.-P.-O., „liegt in der That keine ernstliche Gefahr für den Staat, da es die Staatsanwaltschaft, wenn überhaupt einmal ein Angeklagter im Widerspruche mit den bestehenden Strafgesetzen außergewöhnlich mild bestraft oder freigesprochen werden sollte, in der Hand hat, zum Zwecke der Aufrechthaltung

1) C. J. Art. 410 Abs. 1

2) Vgl. bayer. Ges. v. 10. Nov. 1848 Art. 230; Preuß. Ges. v. 3. Mai 1852 Art. 107; k. sächs. Entwurf Art. 323.

3) R. Degener a. a. O. S. 97.

des Geſetzes die Kaſſation zu verfolgen und durch die auf dieſem Wege erwirkte Entſcheidung auf künftige, in gleichartigen Sachen abzugebende Urtheile einzuwirken."

Dieſe Erwägung ſcheint uns auch wirklich ſo triftig, daß wir keinen Anſtand nehmen, der fraglichen Beſchränkung unſeren Beifall zu ſchenken.

Wir können dies aber nicht ſo unbedingt und in ſolcher Ausdehnung, wie dieſe Beſchränkung im braunſchweigiſchen Geſetz beſteht. Nach unſerer Anſicht ſollte nämlich dem Staatsanwalte die Nichtigkeitsbeſchwerde auf Grund einer unrichtigen Anwendung des Strafgeſetzes nur in den Fällen verſagt werden, wo der Angeklagte verurtheilt, nicht aber wo er freigeſprochen worden iſt. Denn daran hat doch der Staat unläugbar ein großes Intereſſe, daß der Schuldige beſtraft werde, und der Strafe nicht durch die Ungeſchicklichkeit eines Gerichtes entgehe. Wo hingegen der Angeklagte nur zu einer etwas milderen, als der verdienten — nicht zu einer übermäßig milden — Strafe verurtheilt iſt, da ſcheinen durch die „Beſchwerde im Intereſſe oder zur Wahrung des Geſetzes" die Intereſſen des Staates in der That hinlänglich geſchützt zu ſein.

Hiebei verſteht es ſich aber wohl von ſelbſt, daß die Beſchränkung auch von dem Falle gelte, wenn die mildere Beſtrafung durch eine irrthümliche, rechtliche Qualifikation der Handlung herbeigeführt wurde.

ad b) Bei der Verletzung einer prozeſſualiſchen Vorſchrift weichen die bayeriſche und nach ihr einige andere neuere deuſche Geſetzgebungen [1]) von dem franzöſiſchen Rechte ab.

Nach Art. 408 C. J. ſteht nämlich die Nichtigkeitsbeſchwerde in dieſem Falle ebenſo dem Staatsanwalte, wie dem Angeklagten zu.

Das bayeriſche Geſetz vom 10. Nov. 1848 Art. 230 aber unterſcheidet hier zwiſchen den prozeſſualiſchen Vorſchriften, welche ſich auf das Verfahren vor der Urtheilsfindung (durch den Aſſiſenhof — jugement im Gegenſatze zum verdict), und denjenigen, die ſich auf das Verfahren bei der Urtheilsfindung beziehen.

Iſt eine Vorſchrift der letzteren Art verletzt, ſo ſteht die Nichtigkeitsbeſchwerde nach bayeriſchem, wie nach franzöſiſchem Rechte, ſowohl dem Staatsanwalte, als dem Angeklagten zu.

---

1) z. B. das naſſauiſche Geſetz vom 14. April 1849 Art. 257.

Iſt dagegen eine Vorſchrift der erſteren Art verletzt, ſo geſtattet zwar das franzöſiſche Recht und, wie wir bereits oben geſehen haben, ebenſo die braunſchweigiſche Strafprozeßordnung die Nichtigkeitsbeſchwerde nicht bloß dem Angeklagten, ſondern auch dem Staatsanwalte, was nach der Bemerkung des Commentators dieſer Prozeßordnung „unerläßlich iſt, da, wenn dieſe Fälle vorliegen, dem Rechte nach ſo wenig von einem gültigen Verfahren wie von einem wirklichen Urtheile die Rede ſein kann, Beides vielmehr als nicht vorhanden angeſehen werden muß“ [1]). Das bayeriſche Recht dagegen geſtattet ſie nur dem Angeklagten.

Ratio legis iſt hier der bekannte Satz „ne bis in idem“. — „Wenn die Nichtigkeitsbeſchwerde,“ heißt es in den Motiven, „auf eine in dem Verfahren vor dem Aſſiſenhofe oder bei Schöpfung des Wahrſpruches vorgekommene Formverletzung gebaut werden will, dann müßte, im Falle der Beſchwerde ſtattgegeben würde, das ganze Verfahren von vorne begonnen werden, und dieſes ſcheint mit dem Grundſatze, daß Niemand zugemuthet werden darf, ſich zweimal der Gefahr eines Criminalprozeſſes auszuſetzen, durchaus nicht vereinbar zu ſein, da der Angeklagte dadurch, daß er ſich nicht ſelbſt der Nichtigkeitsbeſchwerde bedient hat, ſeine Unterwerfung unter den Wahrſpruch der Jury unzweifelhaft zu erkennen gegeben hat, und daher den möglichen Nachtheil eines in Folge des neuen Verfahrens härteren Strafurtheils nicht zu tragen braucht.“ Da dieſer Grund bei der Verletzung einer auf das Verfahren bei der Urtheilsfindung (nach dem Verdikt) ſich beziehenden prozeſſualiſchen Vorſchrift nicht quadrirt, ſo iſt es allerdings ganz folgerichtig, dem Staatsanwalte in dieſem Falle die Nichtigkeitsbeſchwerde einzuräumen. Das Urtheil kann in dieſem Falle kaſſirt werden, ohne daß dadurch ein neues (vollſtändiges) Verfahren nothwendig würde.

Bei der Verletzung einer prozeſſualiſchen Vorſchrift, die ſich auf das Verfahren vor der Urtheilsfindung bezieht, gibt das bayeriſche Recht Art. 255 der Staatsbehörde lediglich die „Beſchwerde zur Wahrung des Geſetzes.“

Das hannoveriſche Recht St.-P.-O. vom 8. Nov. 1850

---

1) Degener a. a. O. S. 97. Der kgl. ſächſ. Entw. Art. 323, 1. gibt das Rechtsmittel auch dem Staatsanwalte in dieſen Fällen.

§. 215 [1]) hat gewiſſermaſſen einen Mittelweg eingeſchlagen, wonach die Staatsbehörde in der fraglichen Beziehung nicht weiter beſchränkt iſt, als daß ſie ihre Nichtigkeitsbeſchwerde nicht auf die Nichtbeobachtung derjenigen Formen ſtützen kann, welche lediglich das Intereſſe der Vertheidigung bezwecken.

Wenn wir uns nun mit den Beſtimmungen des bayeriſchen Rechtes einverſtanden erklären, ſo kann dies auch ohne Rückſicht auf den Unterſchied zwiſchen den geſetzlich ausgezeichneten und den übrigen Nullitäten geſchehen. Der Staatsanwalt hat dann die Nichtigkeitsbeſchwerde wegen Verletzung prozeſſualiſcher Vorſchriften, inſoweit ſie ihm überhaupt zuſteht, es mag nun an die Verletzung der Vorſchrift vom Geſetze ausdrücklich und ſpeziell die Folge der Nichtigkeit des Urtheils geknüpft ſein oder nicht.

Will man aber dem Staatsanwalte die Nichtigkeitsbeſchwerde wegen Verletzung prozeſſualiſcher Vorſchriften überhaupt geſtatten, wie dies die braunſchweigiſche Strafprozeßordnung thut, ſo dürfte dies bezüglich der geſetzl. Beſtimmungen über die Bildung und Competenz der Gerichte und jener oben [2]) bezeichneten Fälle am Eheſten zu rechtfertigen ſein, in welchen der Staatsanwalt ſogar ein von der Anklage freiſprechendes Erkenntniß anfechten darf.

Was ſodann die Frage betrifft, ob der favor defensionis, welcher überall bei der Geſetzgebung über die Nichtigkeitsbeſchwerde berückſichtiget wird, auch ſo weit gehe, daß das an die Stelle des vernichteten Urtheils tretende neue Erkenntniß keine härtere Strafe verhängen dürfe, ſo werden wir dieſelbe weiter unten beantworten.

§. 62.

D. Anmeldung, Begründung und Verhandlung der Nichtigkeits-Beſchwerde.

I. Anmeldung und Begründung.

Wir haben ſchon in der erſten Abtheilung [3]) geſehen, daß jede Urtheilsanfechtung, mithin auch die Nichtigkeitsbeſchwerde, begründet (ſubſtanziirt) ſein müſſe, wenn ſie berückſichtiget werden will, und daß ſich dieſe Nothwendigkeit aus der Natur der Urtheilsanfechtung

1) Ebenſo das preuß. Geſ. v. 3. Mai 1852 Art. 109.

2) §. 57 ff.

3) §. 26, S. 96.

und des Urtheils selbst ergebe. Daher können wir es unmöglich billigen, wenn neuere deutsche Gesetzgebungen nicht nur die Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde, sondern sogar die einfache Angabe der Beschwerdepunkte oder vorgekommenen Fehler für überflüßig halten.[1])

Wir haben hiebei nicht jene singulären Fälle im Auge, in denen aus ganz besonderen Gründen Urtheilsprüfungen ex officio angeordnet sind, z. B. im Falle eines Todesurtheils.

Dergleichen Anordnungen geben sich selbst als Ausnahmsbestimmungen zu erkennen, welche ihre Würdigung nach anderen, als den für uns maaßgebenden Grundsätzen verlangen. Wir haben nur die hieher gehörigen allgemeinen Bestimmungen im Auge, welche von dem Angeklagten absolut gar keine Motivirung seiner Nichtigkeitsbeschwerde verlangen, sondern es in sein Belieben stellen, ob erauch nur die gesetzliche Bestimmung bezeichnen wolle, welche in dem gegen ihn stattgehabten Verfahren oder in dem gegen ihn ergangenen Urtheile verletzt worden sein soll.

So heißt es z. B. im bayerischen Gesetz vom 10. Novbr. 1848 Art. 236 Abs. 3: „In allen Fällen hat der Staatsanwalt bei der Anmeldung zugleich die Beschwerdepunkte genau zu bezeichnen"; vom Angeklagten dagegen wird gar nichts derartiges verlangt; es genügt, wenn er erklärt, er ergreife die Nichtigkeitsbeschwerde; der Kassationshof muß dann nach Art. 245 Ziffer I. „von Amtswegen prüfen, ob jede wesentliche Förmlichkeit des Prozesses beobachtet, und ob das Gesetz richtig angewendet worden sei." Nur für einen einzigen Fall ist von dieser Begünstigung des Angeklagten eine Ausnahme gemacht; es ist nach Art. 231 Ziffer 16 der Fall, wenn „ein Geschworner zur Aburtheilung mitgewirkt hat, welcher nach Art. 76 nicht Geschworner sein kann."

1) Eine vollständige Uebereinstimmung in den hieher gehörigen Bestimmungen der neueren deutschen Gesetzgebungen besteht indessen durchaus nicht. Die braunschweigische St.-P.-O. v. 22 Aug. 1849 z. B. verordnet Art. 160 im Gegentheil: — — „Binnen einer ferneren Nothfrist von acht Tagen hat der Beschwerdeführer sodann, und zwar wenn der Angeklagte, der Beschädigte oder der Privatkläger als solcher auftreten, durch einen Bevollmächtigten aus der Zahl der Advokaten seine gedrängt motivirten Beschwerdepunkte schriftlich ebenfalls im Sekretariate des erkennenden Gerichts — — — einzureichen" und zwar sub poena deserti. Die österreichische St.-P.-O. vom 17. Jänner 1850 forderte wenigstens eine bestimmte Bezeichnung der Nichtigkeitsgründe im Einzelnen. Die hannoverische St.-P.-O. vom 8. Nov. 1850 verlangt im §. 216 ohne Ausnahme, daß die R.-B. „innerhalb fernerer sieben Tage gerechtfertiget werde."

Die amtliche (ex officio) Prüfung der Qualification sämmtlicher Geschwornen in den vom Art. 245 Nro. I. vorgesehenen Fällen wollte der Gesetzgeber dem Kassationshofe denn doch nicht aufbürden [1]).

Unter diesen Umständen konnte es natürlich nicht ausbleiben, daß mehrfache Klagen laut wurden über Häufung frivoler Nichtigkeitsbeschwerden und Ueberbürdung des Kassationshofes. Dagegen müssen wir an das bereits oben [2]) Gesagte erinnern, daß die Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde ohne Ausführung, ohne Begründung als ein bloßer Widerspruch gegen das richterliche Urtheil mit der normalen Stellung des Staatsangehörigen zu den Staatsorganen unverträglich ist [3]).

Die Erhebung kann zwar von der Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde der Zeit, aber nicht der Nothwendigkeit nach getrennt werden.

Es ist prinzipiell nichts dagegen zu erinnern, wenn man für die Ausführung eine längere Frist gestattet, als für die Einlegung. Allein wenn man daran festhält, daß die Begründung gefordert werden muß, so erscheint jene Zeitabtheilung als entbehrlich. Es bedarf dann nur einer einzigen Frist, welche zugleich für die Einlegung und Ausführung gilt [4]). Dagegen muß für nöthig erklärt werden,

---

1) Das preußische Gesetz vom 3. Mai 1852 verlangt zwar in Art. 116 Angabe der Beschwerdepunkte, wenn die Anmeldung der Nichtigkeitsbeschwerde eine Wirkung haben will, — modificirt aber dies Verlangen nicht unbedeutend im Art. 111. In Bayern kam der Fall vor, daß ein Verurtheilter die Nichtigkeitsbeschwerde ganz lakonisch damit begründete, daß er von Schuld und Strafe freizusprechen gewesen wäre. Die Beschwerde mußte natürlich nach dem Gesetz für zuläßig erklärt werden und der Kassationshof hatte nach Art. 245 das ganze Verfahren und die Gesetzesanwendung zu prüfen. Vgl. Sitzungsberichte der bayer. St.-G. Bd. IV. S. 49.

2) §. 26 S. 97.

3) Einen Mittelweg hatte die österreichische Strafprozeßordnung vom 17. Jänner 1850 eingeschlagen, indem sie im Art. 358 fodert, daß der Beschwerdeführer die Nichtigkeitsgründe einzeln und bestimmt bezeichne.

4) Nach braunschweigischem Rechte muß die Anmeldung innerhalb einer Noth-Frist von drei Tagen nach Verkündigung oder Behändigung des Erkenntnisses geschehen, während die Motivirungsschrift erst innerhalb weiterer acht Tage eingereicht zu werden braucht. Allein die Versäumung einer jeden der beiden Fristen macht das Urtheil sofort vollstreckbar. — Uns scheint aber diese Einrichtung nicht sehr zweckmäßig. Wozu die doppelte Schreiberei und Belästigung des Sekretariates? Es ist doch wohl gleichgiltig, ob das Urtheil nach drei oder nach eilf Tagen vollstreckbar wird. —

daß diese Eine Frist so ausgedehnt sei, daß innerhalb derselben eine Begründung der Beschwerde leicht möglich ist.

Will man den Angeklagten, resp. Verurtheilten bei der Urtheilsanfechtung begünstigen, — wogegen wir durchaus Nichts einzuwenden haben — so kann man ihm eine längere Frist hiefür einräumen, als dem Vertreter des Staates.

Einer solchen Begünstigung stehen unsere Prinzipien nicht entgegen; insbesondere wird durch sie die Präsumtion der Legalität richterlicher Entscheidungen nicht verletzt.

§. 63.

II. Von den Fristen für die Nichtigkeitsbeschwerde.

Ein Hauptunterschied zwischen der Nichtigkeitsbeschwerde des neuern französisch-deutschen und der des früheren gemeinen deutschen Strafprozeßrechtes besteht darin, daß jene an bestimmte Präklusivfristen gebunden ist, während diese zu jeder Zeit, auch nach bereits geschehener Vollstreckung des Endurtheils erhoben werden konnte [1]). Demnach war die gemeinrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde, wenn man unter den ordentlichen Rechtsmitteln diejenigen versteht, welche voraussetzen, daß das anzufechtende Urtheil noch nicht rechtskräftig d. h. vollstreckbar sei, ein außerordentliches Rechtsmittel, — die französisch-deutsche Nichtigkeitsbeschwerde dagegen ist, weil sie nur gegen ein Urtheil, welches nicht rechtskräftig ist, erhoben werden kann, und weil das Urtheil gerade dann rechtskräftig ist, wenn es nicht mehr durch die Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden kann, — ein ordentliches Rechtsmittel.

Dieser Unterschied zwischen jener und dieser Nichtigkeitsbeschwerde wird aber dadurch erklärlich, daß der Spielraum der ersteren ein engerer war, als der der letzteren.

Die Gründe, aus denen die frühere gemeinrechtiche Nichtigkeits-Beschwerde erhoben werden konnte, waren der Zahl nach sehr beschränkt. Sie gehören fast sämmtlich zu derjenigen Klasse von Nullitäten, welche wir als Verletzungen prozessualischer Vorschriften (error in modo procedendi) bezeichnet haben, und auch hier waren wieder verhältnißmäßig nur sehr wenige Verletzungsfälle als Nichtigkeits-Gründe anerkannt. Die namhaftesten derselben waren diejenigen

1) Vgl. hierüber Mittermaier „das deutsche Strafverfahren" 4. Aufl. §. 204. Marten „Lehrbuch" §. 164.

Verletzungen des Prozeßrechtes, durch welche die Vertheidigung des Angeklagten und somit das Unterſuchungsprinzip (die Pflicht nach materieller Wahrheit zu ſtreben) verkümmert wurde. Eine ſolche Verkümmerung mußte aber, um als Kaſſationsgrund gelten zu können, eine ſehr handgreifliche und einflußreiche ſein. Zu dieſen Verletzungen kamen dann noch diejenigen, welche ſich auf die Gerichtsverfaſſung bezogen [1]).

Allein nichtsdeſtoweniger wäre es ein großer Irrthum, wenn man aus dieſen Beſchränkungen der Nichtigkeitsbeſchwerde den Schluß ziehen wollte, als ſei der gemeinrechtlich deutſche Prozeß weniger freigebig in der Anfechtung ſtrafgerichtlicher Urtheile und weniger auf die Vertheidigung des Angeklagten bedacht geweſen. Wenn auch die Mittel zur Vertheidigung in jenem Verfahren im Vergleiche mit denen unſeres neuen franzöſiſch-deutſchen Prozeſſes als ſehr ſchlecht gewählt und durchaus unzulänglich bezeichnet werden müſſen, ſo iſt doch namentlich aus dem Reichthume an Rechtsmitteln, wodurch ſich jenes Verfahren auszeichnet, erſichtlich, daß es ihm nicht am guten Willen fehlte, den Angeklagten vor den abſichtlichen oder unabſichtlichen Ungerechtigkeiten Seitens der Untergerichte zu ſchützen.

Wir ſprechen hier zwar nicht von der Befugniß der Angeklagten, die Entſcheidung der Thatfrage anzufechten; denn wir haben uns bereits oben darüber ausgeſprochen, daß wir in der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens viel ſchätzbarere Garantien für die richtige Entſcheidung der Thatfrage erblicken, als in der Möglichkeit, dieſe Entſcheidung auf Grund jener Akten anzufechten, aus welchen ſchon das Untergericht das Material für ſeine angefochtene Entſcheidung geſchöpft hatte. Nicht dieſe Anwendung des Rechtsmittels der Appellation iſt es, welche wir hier unſerem jetzigen Prozeßrechte an die Seite ſetzen wollen, — ſondern diejenige Anwendung der Appellation, welche wirklich unſerem jetzigen Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeſchwerde entſpricht, d. i. in den Fällen eines Fehlers bei der Rechtsanwendung.

Da nun bekanntlich die Appellation auch an beſtimmte Friſten gebunden war, ſo ergibt ſich bei einer Vergleichung des früheren gemeinen und unſeres heutigen Prozeßrechtes bezüglich der Friſt der Anfechtbarkeit von Strafurtheilen als Reſultat, daß ſich beide Rechte

1) ſ. Mittermaier das deutſche Strafverf. II. S. 628; nach Heffter Lehrbuch §. 687 Anmerk. 1 hatte ſie einen größeren Spielraum.

ſo ziemlich einander die Waage halten, und daß ſomit die zeitliche Beſchränkung der Nichtigkeitsbeſchwerde im franzöſiſch-deutſchen Prozeß-Rechte wenigſtens dem früheren gemeinrechtlichen Verfahren[1]) gegenüber nicht auffallend gefunden werden kann.

Die fragliche Beſchränkung läßt ſich aber auch an und für ſich aus der Natur der Sache ſelbſt vollkommen rechtfertigen.

Wenn nämlich die Nichtigkeitsbeſchwerde einen ſo großen Spielraum hat, wie wir ihn anerkennen oder wie er auch von den poſitiven Rechten anerkannt iſt, ſo ſcheint doch wohl die Möglichkeit, alle Fehler eines Strafgerichtes unſchädlich zu machen, im vollſten Maaße gegeben zu ſein.

Es läßt ſich wohl von keinem Staate irgendwelcher Zeit behaupten, daß alle ſeine ſtrafgerichtlichen Proceduren und Urtheile juriſtiſch fehlerfrei ſeien, alſo auch nicht von denjenigen Staaten, in welchen das neuere franzöſiſch-deutſche Strafprozeßrecht beſteht; aber das läßt ſich unbedenklich behaupten, daß ungeachtet der zeitlichen Beſchränkung der Nichtigkeitsbeſchwerde in keinem Prozeßrechte für die Möglichkeit der Beſeitigung juriſtiſcher Fehler ſeitens der Strafgerichte mehr Sorge getragen ſei, als in unſerem franzöſiſch-deutſchen Prozeßrechte. Vollkommen iſt keine menſchliche Einrichtung, alſo auch keine Geſetzgebung und keine Rechtspflege; wir müſſen uns überall beſcheiden, entweder das Frühere zu übertreffen, oder doch wenigſtens nicht hinter demſelben zurückzubleiben. Daß nun aber die Einrichtungen des franzöſiſch-deutſchen Prozeßrechtes, welche den Gegenſtand unſerer Betrachtung bilden, im Vergleich mit denen aller übrigen uns bekannten Geſetzgebungen älterer und neuerer Zeit den Sieg davon tragen, deſſen glauben wir uns ohne Ueberhebung rühmen zu dürfen.

Iſt nur eine hinreichende Anzahl tüchtiger Vertheidiger vorhanden, denen die Fehler der Gerichte nicht entgehen, und ſind die Gerichte ſelbſt, namentlich die Obergerichte mit fähigen Individuen beſetzt — und ohne dieſe Vorausſetzung würde die Rechtspflege auch bei einer ganz vollkommenen Geſetzgebung ſchlecht ſein, — ſo wird die

---

1) Was insbeſondere den älteren Prozeß betrifft, ſo dürfte hier an das von uns bereits in der erſten Abtheilung S. 34 angeführte apud Deckherum lepide dictum zu erinnern ſein: „ſonſten wenn der Kopf herunter iſt, läßt ſich derſelbe mit Nullitätsprozeſſen nicht wiederum aufſetzen.“ Außer bei Todesurtheilen hatte die Nichtigkeitsbeſchwerde keinen Suspenſiveffekt.

zeitliche Beſchränkung der Nichtigkeitsbeſchwerde, falls ſie nur nicht zu enge iſt, anſtatt die Korrektur juriſtiſch fehlerhafter Urtheile und Proceduren zu verkümmern und zu hindern, ſie vielmehr weſentlich fördern. Denn es iſt eine bekannte in der Natur des Menſchen begründete allgemeine Erfahrung, daß die Vornahme und Ausführung einer Arbeit in der Regel ſicherer ſind, wenn denſelben von vorneherein ein Termin vorgeſteckt wird, als wenn dies nicht geſchieht.

Wäre aber auch nur die Möglichkeit gegeben, innerhalb der beſtimmten Friſt die juriſtiſch fehlerhaften Urtheile und Proceduren in gehöriger Weiſe anzufechten und ſie der entſprechenden Korrektur zuzuführen, ſo wäre hiemit allein die zeitliche Beſchränkung der Nichtigkeitsbeſchwerde ſchon gerechtfertiget. Denn es kann vom Staate, wie wir geſehen haben, nicht gefordert werden, daß er die Befugniß, die Handlungen ſeiner Organe der Rechtspflege als fehlerhaft anzufechten, bis in's Unendliche ausdehne; es kann von ihm vielmehr nur das gefordert werden, daß er dieſe Befugniß überhaupt anerkenne und daß er für dieſelbe eine Friſt vorzeichne, welche ausgedehnt genug iſt, um von der Befugniß den gehörigen Gebrauch zu machen.

Was ſodann die Größe oder das Maaß der Friſt betrifft, ſo haben wir hierüber nur ſehr Weniges zu ſagen.

Wir ſind nämlich der Anſicht, daß ſich kein für alle Länder und Zeiten gleiches Maaß feſtſetzen laſſe. Unſerer Anſicht nach muß ſich daſſelbe nach den Verhältniſſen desjenigen Landes und derjenigen Zeit richten, für welche das Geſetz gegeben werden will. Wir halten hiebei für maaßgeblich, 1) die juriſtiſche Bildungsſtufe, auf welcher durchſchnittlich die Individuen ſtehen, mit welchen die Gerichte, namentlich die der erſten Inſtanz, beſetzt ſind. Je niedriger dieſe Stufe iſt, deſto größer iſt die Wahrſcheinlichkeit, daß die Gerichte Fehler begehen und deſto mehr muß die Anfechtung der gerichtlichen Handlungen erleichtert werden, deſto ausgedehnter muß alſo auch die Friſt zur Anfechtung ſein, und umgekehrt.

2) Scheint uns maaßgebend zu ſein die Anzahl und die Tüchtigkeit der Anwälte, welchen die Funktion der Vertheidigung obliegt. Iſt die Anzahl oder die Tüchtigkeit derſelben ſehr gering, ſo muß die Friſt — aus ſelbſt redenden Gründen — eine weite ſein.

Weitere Motive mag dann die Gesetzgebung auch aus der Kriminalstatistik schöpfen, z. B. aus der geringeren oder größeren Anzahl frivoler oder schlecht begründeter Nichtigkeitsbeschwerden. Bei einer großen Anzahl solcher Beschwerden dürfte eine engere Fristabsteckung angezeigt sein. Außerdem kann im Allgemeinen noch bemerkt werden, daß eine und dieselbe Frist für alle Nichtigkeitsbeschwerden festgesetzt sein müsse, daß nicht etwa nach dem Gegenstande oder Grunde mehrere verschiedene Fristen abgesteckt werden dürfen.

Wenn dagegen zu Gunsten der Vertheidigung dem Angeklagten eine weitere Frist gegönnt werden will, als dem Staatsanwalte, so haben wir dagegen nichts zu erinnern.

Daß endlich die Festsetzung der Frist auch die Bedeutung habe, daß während der Frist das Urtheil nicht vollstreckt werden könne, — Suspensiveffekt, — bedarf wohl auch keiner weiteren Erörterung.

§. 64.

III. Verhandlung der Nichtigkeitsbeschwerde.

a) Vorbereitung der Verhandlung.

Ist nun wirklich innerhalb der gesetzlichen Frist sei es vom Staatsanwalte oder vom Angeklagten eine Beschwerdeschrift eingelaufen, so ergiebt sich das weitere Verfahren, welches wir unter der Bezeichnung Kassationsverfahren zusammenfassen können, aus dem Zwecke der Nichtigkeitsbeschwerde von selbst.

Es leuchtet ein, daß nach dem Einlaufe der Beschwerdeschrift dieselbe nicht sofort vom kompetenten Kassationshofe in Verhandlung genommen werden könne, sondern daß zu dieser Verhandlung noch einige Vorbereitungen nothwendig seien[1]).

Diese Vorbereitungen fallen der Natur der Sache gemäß theils noch in den Geschäftskreis desjenigen Gerichts, von welchem die angefochtene Entscheidung ausgegangen ist, theils aber schon in den Geschäftskreis des Direktoriums des zuständigen Kassationshofes.

Man kann daher das fragliche Vorbereitungsverfahren nach der im gemeinen deutschen Prozeßrechte üblichen Terminologie in das Verfahren vor dem judex a quo und das vor dem judex ad quem eintheilen.

1) Ueber das französische Recht vergl. Höchster „Lehrbuch §. 331. Daniels „Grundsätze ꝛc." §. 425 ff. C. J. Art. 417—425.

Was nun I. das Verfahren vor dem judex a quo betrifft, so kann wohl nicht in Abrede gestellt werden, daß es 1) nothwendig sei, daß das Gericht, bei welchem die Nichtigkeitsbeschwerde einläuft, eine Prüfung darüber anstelle, ob bei der Beschwerde die vorschriftsmäßigen Formalien eingehalten seien, also namentlich ob das fatale nicht schon abgelaufen, ob die Beschwerde an den zuständigen Kassationshof gerichtet ꝛc.[1]).

Daß sich der judex a quo auf die Prüfung der Formalien beschränken müsse, sich in die materialia caussae nicht einlassen dürfe, versteht sich wohl von selbst.

Eine Beschwerde, bei welcher die vorschriftsmäßigen Formen nicht eingehalten sind, kann nicht weiter berücksichtiget werden. Sie wird dem Beschwerdeführer mit Bemerkung des Fehlers zurückgestellt, wonach derselbe, wenn anders die Frist es noch gestattet, eine verbesserte Beschwerde einreichen mag. Die Desertion des Rechtsmittels tritt ein, es mag nun während des fatale gar keine oder keine vorschriftsmäßige Beschwerde erhoben sein. Es ist aber natürlich nothwendig, daß gegen das Desertionserkenntniß des judex a quo eine Beschwerde an den judex ad quem gestattet werde, wie die z. B. das Preußische Gesetz v. 3. Mai 1852 Art. 112 einführt.

Wird jedoch die Beschwerde formgerecht befunden, so ist 2) das Nächste, was der judex a quo zu thun hat, daß er die Beschwerdeschrift dem Gegentheile des Beschwerdeführers mit der Eröffnung in Abschrift zuschließt, daß demselben freistehe, bis zur Verhandlung der Sache oder, wie nach der Preußischen Verordnung v. 3. Jan. 1849, binnen einer bestimmten Frist seine allenfallsigen Gegenbemerkungen gegen die mitgetheilte Beschwerdeschrift in einer besonderen Schrift vorzubringen[2]).

Diese Einrichtung ist zwar nicht absolut nothwendig, weil die

---

1) Was die Gesetzgebungen betrifft, so herrscht auch in diesem Punkte keine Uebereinstimmung. Die von uns bevorwortete Einrichtung findet sich z. B. im Preußischen Gesetz v. 3. Mai 1852 Art. 112: „Wenn bei Anmeldung der Nichtigkeitsbeschwerde oder bei Angabe der Beschwerdepunkte die in Art. 110 vorgeschriebenen Fristen oder Formen nicht beobachtet sind, so weiset das Gericht erster Instanz die Nichtigkeitsbeschwerde durch Verfügung zurück.“ In Bayern dagegen steht dem judex a quo eine derartige Kognition nicht zu.

2) Vergl. z. B. bayerisches Ges. vom 10. Nov. 1848 Art. 239; Preußische B.-O. v. 3. Jan. 1849 §. 144.

Beſchwerdeſchrift von dem Kaſſationshofe ihre gehörige Würdigung zu erwarten hat. Allein ſie iſt unſtreitig höchſt zweckmäßig, einmal um eine wo möglich allſeitige Beleuchtung der aufgeworfenen Fragen zu vermitteln, ſodann auch um dem Angeklagten, falls die Nichtigkeitsbeſchwerde ſeitens der Staatsbehörde erhoben worden, auch hier Gelegenheit zu geben, ſeine Intereſſen im vollſten Maaße geltend zu machen.

3) Nach Ablauf der Friſt hat der judex a quo die Beſchwerdeſchrift ſammt übrigen Prozeßakten an den judex ad quem binnen einer beſtimmten Friſt abzuſchicken, womit dann ſeine Thätigkeit in dem Kaſſationsverfahren ihr Ende erreicht hat. Ob das Untergericht ſich ſpäter noch einmal mit der Sache ſelbſt zu befaſſen habe, hängt von dem Inhalte der kaſſationsgerichtlichen Entſcheidung ab.

II. Die weiter nothwendigen Vorbereitungen zur Verhandlung der Beſchwerde vor dem Kaſſationshofe fallen naturgemäß in den Geſchäftskreis des Direktoriums dieſes Hofes. Sie ſind von der poſitiven Geſetzgebung in folgender Weiſe zweckmäßig geordnet[1]).

1) Sobald die Beſchwerde und die übrigen Akten auf der Kanzlei des Gerichtshofes angelangt ſind, müſſen dieſelben dem Vorſtande des Gerichtes vorgelegt werden.

2) Dieſer ernennt ſofort ein Mitglied des Gerichtes zum Referenten, welcher die Obliegenheit hat, die Akten genau zu ſtudiren, um ſpäter in der Gerichtsſitzung, in welcher die Beſchwerde verhandelt werden ſoll, nicht nur ſeinen Collegen alles dasjenige vorzutragen, was zum Verſtändniſſe der folgenden Verhandlung nothwendig iſt, ſondern auch den Vortrag des Staatsanwaltes zu kontrolliren, inſoferne ſich derſelbe über den bisherigen Gang der Verhandlung verbreiten ſollte. Ueber die prozeſſualiſche Bedeutung dieſes Vortrages werden wir ſpäter ſprechen. Hier genüge vorläufig die Bemerkung, daß das Aktenſtudium des Referenten die Stelle des Aktenſtudiums ſämmtlicher Gerichtsbeiſitzer zu vertreten, und daß dieſe Einrichtung lediglich den Zweck der Zeit- und Koſtenerſparung habe.

---

1) Vergl. z. B. das bayeriſche Geſ. v. 10. Nov. 1848 Art. 241—244; weniger ausführlich ſind die preußiſche V.-O. v. 3. Jan. 1849 §. 145 und das Geſ. v. 3. Mai 1852 Art. 114; vergl. auch noch die braunſchweigiſche St.-P.-O. §. 160—162.

3) Ehe die Akten aber zur Einsicht des Referenten gelangen, müssen dieselben nach der natürlichen Ordnung der Sache dem Staatsanwalte am Kassationshofe vorgelegt werden.

Da nämlich derselbe bei der Verhandlung der Sache das Interesse des Staates oder des Gesetzes zu vertreten hat und hiebei nicht an die Ansicht des Staatsanwaltes bei dem Untergerichte gebunden ist, so kann es leicht vorkommen, daß die von ihm aufgestellte Ansicht eine neue, von der des letzteren verschiedene ist. Aus diesem Grunde legen die Gesetzgeber dem Staatsanwalte am Kassationshofe ganz zweckmäßig die Pflicht auf, daß er seine Ansicht in einer besonderen Schrift niederlege, welche dem Referenten mit den übrigen Akten vorgelegt wird. Im Interesse des Angeklagten dürfte aber anzuordnen sein, daß auch ihm dieses für ihn sehr wichtige Aktenstück mitgetheilt werde.

4) Zugleich mit der Ernennung eines Referenten und der Zuschließung der Akten an den Staatsanwalt hat aber der Gerichtsvorstand einen Termin zur Verhandlung der Sache in öffentlicher Sitzung anzuberaumen und hievon den Staatsanwalt wie den Angeklagten resp. dessen Vertheidiger zu benachrichtigen.

Die Frage, ob es nothwendig sei, daß der Angeklagte selbst in der Sitzung des Kassationshofes erscheine, beantworten wir unbedingt mit „Nein," und zwar auch für den Fall, wo er selbst Beschwerdeführer ist. Der Grund hievon liegt einfach darin, daß es sich bei dieser Verhandlung lediglich um juristische, nie um Thatfragen handelt. Ist seine Anwesenheit aber auch nicht nothwendig, so steht derselben doch andererseits kein in der Natur der Sache liegendes Hinderniß entgegen; es ist vielmehr ganz natürlich, wenn er mitanhören will, wie seine eigenste Sache verhandelt wird.

b) Inhalt der Verhandlung.

Der Inhalt der Verhandlung der Nichtigkeitsbeschwerde in der öffentlichen Sitzung des Kassationshofes kann eigentlich kein anderer sein, als der Vortrag des Beschwerdeführers zur Begründung seiner Beschwerde und der Vortrag des Gegners[1]) zur Auseinander-

1) Wenn der Staatsanwalt die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben hat, so wird häufig der Angeklagte gar nicht vertreten sein, was auch für die Sache nicht von besonderem Belang sein dürfte.

ſetzung ſeiner Anſicht ſammt etwaiger Replik und Duplik. Da die Nichtigkeitsbeſchwerde immer nur auf einen aus dem Protokoll oder Erkenntniſſe erſichtlichen juriſtiſchen Fehler gegründet werden kann, ſo beſteht die Verhandlung einer ſolchen Beſchwerde überall nur in Deduktionen über die vorliegende Rechtsfrage mit Ausſchluß aller auf die Thatſachen des Falles Bezug habenden Erörterungen und Beweiserhebungen.

Ebendeßhalb aber, weil der Gegenſtand der Verhandlung eine Rechtsfrage iſt, und zwar häufig eine ſehr ſchwierige und ſtreitige Rechtsfrage, wird nicht geleugnet werden können, daß es ſehr wünſchenswerth, ja nothwendig ſei, daß der Gerichtshof ſchon vor den Vorträgen der Parteien den status controversiae und alle darauf Bezug habenden faktiſchen und rechtlichen Momente genau kenne.

Zur Erlangung dieſer Kenntniß gibt es nun zwei Wege: entweder es unterziehen ſich alle Beiſitzer des Gerichtes dem Studium der betreffenden Akten vor der Gerichtsſitzung, — oder man beauftragt mit dieſem Studium ein Gerichtsmitglied, von welchem alsdann vor den Parteivorträgen dem Gerichtshofe das zur Information Nothwendige in entſprechender Weiſe vorgetragen wird. In Berückſichtigung des Aufwandes an Zeit und Koſten dürfte wohl allenthalben der letztere Weg eingeſchlagen worden ſein.

Durch dieſen den Parteivorträgen, — wenn man ſo ſagen darf — vorausgehenden Vortrag des Berichterſtatters wird auch den übrigen Beiſitzern des Gerichts die Möglichkeit verſchafft, die thatſächlichen Behauptungen ſowohl des Staatsanwaltes als des Vertheidigers zu kontrolliren. Dieſe Kontrolle wird um ſo leichter ſein, wenn die bereits oben beſprochene Einrichtung beſteht, daß für alles Dasjenige, was in der Hauptverhandlung vorgegangen iſt, das Sitzungsprotokoll die einzige[1]) Erkenntnißquelle bildet, und die Nichtigkeitsbeſchwerde wegen Verletzung prozeſſualiſcher Vorſchriften immer auf das Sitzungsprotokoll Bezug nehmen muß.

Des Weiteren wird dann der Inhalt der Verhandlung auch noch dadurch beſtimmt, daß der Gerichtshof in ſeiner Kognition über die Sache auf die ſpeziell bezeichneten Beſchwerdepunkte oder Nulli-

1) Ob man damit nicht zu weit gehe, iſt freilich eine andere Frage.

täten beſchränkt iſt, daher auch der Vorſitzende das Vorbringen von andern Nullitäten als verſpätet zurückzuweiſen hat[1]).

Die Dauer der Verhandlung wird, wenn dieſe Grenze genau eingehalten wird, gewiß niemals übermäßig lang ſein, ſo daß es dann ſeltener vorkommen dürfte, daß zwiſchen der Verhandlung und der Erkenntnißpublikation Zwiſchenräume von Einem oder von mehreren Tagen liegen, — was aus mehrfachen nahe liegenden Gründen ſehr wünſchenswerth wäre.

Endlich kann es ſicherlich auch nur als ſehr zweckmäßig befunden werden, wenn die Verhandlung in den Fällen, wo von Anfang an die Frage der formellen Zuläſſigkeit der Beſchwerde ſtreitig oder zweifelhaft iſt, entweder auf Antrag der Parteien oder auch nach freiem Ermeſſen des Gerichtshofes auf dieſe Frage bis zu ihrer beſonderen Entſcheidung beſchränkt wird[2]).

c) Was die Form der Verhandlung betrifft, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß ſowohl der Vortrag des Referenten, als der der Parteien mündlich ſei, und daß die Reihenfolge, in welcher die Staatsbehörde und der Vertheidiger ihre Vorträge zu halten haben, ſich danach beſtimme, von welcher Seite die Beſchwerde erhoben worden ſei. Danach muß der Beſchwerdeführer das erſte und ſein Gegner das letzte Wort haben. Indeſſen geben einige Geſetzgebungen auch hier dem Angeklagten für alle Fälle das letzte Wort[3]).

d) Der Schluß der Verhandlung ergiebt ſich in der Regel wohl ohne Zuthun des Vorſitzenden, und es verſteht ſich wieder von ſelbſt, daß dieſer die Befugniß haben muß, der etwaigen Geſchwätzigkeit des einen oder anderen Theiles Schranken zu ſetzen.

---

1) Ohne dieſe Strenge wird das Erforderniß der Begründung der Beſchwerde bedeutungslos ſein; ſie iſt lediglich die Conſequenz dieſes Erforderniſſes. Dagegen muß die Ausführung der bezeichneten Beſchwerdepunkte mit neuen (in der Beſchwerdeſchrift nicht enthaltenen) Gründen unbedingt für zuläſſig erklärt werden, wie denn auch eine irrthümliche oder ſonſt mangelhafte Argumentation dem Beſchwerdeführer nicht zum Nachtheil gereichen ſoll. Denn jus novit curia. Der Kaſſationshof ſoll an nur die bezeichneten Beſchwerdepunkte, nicht an die vorgebrachten Gründe, warum dieſe wirklich Nullitäten ſeien, gebunden ſein.

2) Dieſe höchſt zweckmäßige Einrichtung beſteht auch z. B. in Bayern. Vergl. Sitzungsberichte der bayer. St.-G. Bd. IV. S. 344.

3) Z. B. das bayeriſche Geſ. vom 10. Nov. 1848 Art. 243; ebenſo die braunſchweigiſche St.-P.-O. §. 163.

§. 65.

E. Von der Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde.

Bei der Lehre von der Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde ergeben sich drei Hauptfragen: erstens: von wem soll die Entscheidung ausgehen? zweitens: worin soll sie bestehen? drittens: was hat sie für Folgen?

Was die erste Frage betrifft, so beziehen wir uns im Allgemeinen auf das, was wir bereits in der ersten Abtheilung §. 38—40 bemerkt haben. Es wurde dort insbesondere erörtert, daß und warum die Entscheidung über Nichtigkeitsbeschwerden nicht von dem Gerichte, von welchem das angefochtene Erkenntniß ausgegangen, sondern von einem anderen, jenem übergeordneten ausgehen müsse; daß es jedoch nicht nothwendig sei, daß alle Nichtigkeitsbeschwerden von einem und demselben Obergerichte, wie in Frankreich vom Kassationshofe entschieden werden.

Es wurde gezeigt, daß es zweckmäßig sei, die Entscheidung der Nichtigkeitsbeschwerden den sogenannten Appellationsgerichten zu übertragen, und daß auch bei dieser Einrichtung eine einheitliche Justiz im Lande sehr wohl erhalten werden könnte, wenn man nach unserem Vorschlage für den Fall sich einander widersprechender appellationsgerichtlicher Entscheidungen (über Nichtigkeitsbeschwerden) eine Beschwerde im Interesse des Gesetzes an das Centralgericht gewähren würde.

Die zweite und dritte Frage hängen so innig mit einander zusammen, daß wir sie in dem Folgenden auch ungetrennt beantworten wollen. Die Folgen der Entscheidung sind natürlich verschieden nach Verschiedenheit des Inhaltes der letzteren; bei jeder Art der Entscheidung soll sofort erörtert werden, worin ihre Folgen bestehen.

Wir wollen nun bei der Untersuchung, was Inhalt der Entscheidung sein könne und solle, zunächst von der Intention der Nichtigkeitsbeschwerde selbst ausgehen. Halten wir uns hiebei vorerst an das Wort „Nichtigkeitsbeschwerde," so besteht deren Intention in nichts Anderem, als in der Vernichtung des angefochtenen Erkenntnisses, — und je nach dem die Entscheidung des Obergerichts dieser Intention willfährig ist oder nicht, besteht sie einfach entweder in der

Verwerfung der Beschwerde oder in der wirklichen Vernichtung des angefochtenen Erkenntnisses.

Die Verwerfung der Beschwerde kann aber aus zwei wohl von einander zu unterscheidenden Gründen geschehen:

I. Die Verwerfung kann geschehen, weil die Nichtigkeitsbeschwerde an einem Mangel leidet, welcher es dem Gerichtshof unmöglich macht, zu prüfen, ob sie gegründet sei oder nicht. Man kann diesen Verwerfungsgrund — Unzulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde nennen.

Ehe sich nämlich der Gerichtshof auf eine Untersuchung darüber einlassen kann, ob die angebliche oder irgend eine Nichtigkeit wirklich vorhanden sei, hat derselbe zu prüfen, ob die angefochtene gerichtliche Handlung oder Verfügung überhaupt anfechtbar, ob die Frist für deren Anfechtbarkeit nicht etwa schon vorüber, ob die Beschwerde vielleicht ganz unmotivirt hingestellt, endlich ob sie von dem wirklich Berechtigten oder doch von einem gehörig Bevollmächtigten erhoben worden sei. Es versteht sich wohl von selbst, daß hiebei Alles auf die betreffenden Bestimmungen einer positiven Gesetzgebung ankomme. Sämmtliche Erfordernisse solcher Art sind formeller Natur, daher man auch die Untersuchung, ob sie vorhanden, füglich formelle Prüfung der Nichtigkeitsbeschwerde nennen kann[1]).

Stellt sich die Beschwerde bei dieser Prüfung als mangelhaft dar, so erscheint jede weitere Untersuchung seitens des Gerichtes als unnöthig, und es genügt der einfache Ausspruch der Verwerfung der Beschwerde ohne irgend eine sonstige Entscheidung, welche überall voraussetzt, daß die Beschwerde nicht nur zulässig, (oder formell richtig), sondern auch begründet sei.

Stellt sich aber die Beschwerde als zulässig dar, so hat der Gerichtshof die weitere Aufgabe, zu untersuchen, ob die Beschwerde

1) Diese Prüfung von Seite des Kassationshofes ist in jedem Falle nothwendig, obgleich, wie wir gesehen haben, dieselbe Prüfung auch schon vom Judex a quo angestellt werden muß, — und zwar aus dem Grunde nothwendig, weil dieser möglicherweise die Beschwerde irrthümlich für formell zulässig erklärt hat. Dieselbe doppelte Prüfung findet sich auch im Preußischen Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 113. — Hat dagegen der Kassationshof über eine Beschwerde gegen ein Desertionserkenntniß des judex a quo (s. oben §. 64) zu entscheiden, so versteht es sich von selbst, daß er sich vorläufig mit der Frage, ob die Nichtigkeitsbeschwerde selbst begründet sei, gar nicht zu befassen hat.

begründet sei. Da wir oben gezeigt haben, daß eine unmotivirte Beschwerde unzulässig sei, so setzen wir hier voraus, daß der Beschwerdeführer bestimmte Beschwerdepunkte aufgeführt habe, und da die Handlungen der öffentlichen Organe durchaus die Vermuthung der Richtigkeit und Legalität für sich haben und somit Giltigkeit besitzen, insoweit sie nicht förmlich angefochten werden, so hat sich das Obergericht bei der Untersuchung, ob die Beschwerde begründet sei, auf die Prüfung der speziell namhaft gemachten Beschwerdepunkte (Richtigkeitsgründe) zu beschränken, und bei einem negativen Resultate dieser Prüfung die Beschwerde sofort ohne weitere Untersuchung als unbegründet zu verwerfen.

Eine solche Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde hat natürlich auch keine weitere Folge, als die, daß wenn die Beschwerde von dem Angeklagten erhoben wurde, dieser zur Bezahlung der durch seine Beschwerde dem Staate verursachten Kosten verurtheilt wird. Ob und inwieweit es zweckmäßig sei, mit dieser Verurtheilung auch noch Sukkumbenzstrafen[1]) zu verbinden, wollen wir als nicht zu unserer Aufgabe gehörig hier unerörtert lassen.

II. Wenn sich dagegen die Beschwerde als begründet darstellt, so ist hinsichtlich des Inhaltes der Entscheidung des Obergerichtes zu unterscheiden:

A. ob der Nichtigkeitsgrund ein Fehler in der Urtheilsfindung (error in judicando) oder

B. ein Fehler in dem Gange des Verfahrens (error in procedendo) sei.

ad A. Wir haben oben gesehen, daß die Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein von einem Schwurgerichte ausgegangenes Urtheil nicht bloß wegen eines in dem Erkenntniß des Gerichtshofes enthaltenen Fehlers erhoben werden könne, sondern auch wegen einer im Wahrspruche der Geschwornen enthaltenen unrichtigen Qualifikation der Handlung.

Die Entscheidung des Obergerichts besteht vorerst in beiden Fällen gleichmäßig in der Vernichtung des angefochtenen Urtheils, und zwar im zweiten Falle in der Vernichtung des ganzen Urtheils, nur mit Ausnahme der Entscheidung über die reine

1) Vergl. C. J. Art. 419, 420. Daniels a. a. O. §. 421.

Schuldfrage (Thatfrage und Kulpabilität — ohne die rechtliche Qualifikation); im erſten Falle dagegen lediglich in der Vernichtung des Erkenntniſſes des Schwurgerichtshofes mit Aufrechthaltung des geſammten Wahrſpruches.

In Bezug auf dieſe negative Funktion des Kaſſationshofes ſtimmen wir mit der bisherigen Geſetzgebung in Frankreich und Deutſchland vollkommen überein. Eine andere Frage iſt es aber, ob ſich das Obergericht auf dieſe rein negative Entſcheidung beſchränken und die Sache zur wiederholten Urtheilsfindung vor ein anderes Gericht verweiſen, oder ob es ſelbſt an die Stelle des vernichteten Urtheils reſp. Urtheilsbeſtandtheiles ein Urtheil (in der Hauptſache) ſetzen ſolle, — ob es alſo nicht bloß kaſſirendes, ſondern zugleich auch revidirendes oder korrigirendes Gericht ſein ſolle.

Wir haben dieſe Frage größtentheils bereits in der erſten Abtheilung[1]) und zwar bejahend beantwortet. Es iſt nicht einzuſehen, warum das Obergericht nicht ſelbſt an die Stelle des von ihm vernichteten Urtheils das richtige ſetzen ſolle, wenn es hiezu ebenſo, ja vermöge ſeiner Ueberordnung präſumtiv noch mehr im Stande und berufen iſt, als ein Untergericht, an welches die Sache nach den franzöſiſchen[2]) Einrichtungen verwieſen werden muß. Freilich ſetzt eine ſolche Korrektur voraus, daß das nöthige Material zur Bildung des zweiten (beſſeren) Urtheils in den Akten ſelbſt vollſtändig enthalten ſei.

Wenn es ſich z. B. um die Korrektur der rechtlichen Qualifikation handelt, ſo müſſen in dem Wahrſpruche reſp. in den an die Geſchwornen geſtellten Fragen außer der techniſchen Bezeichnung des Verbrechens (Mord, ausgezeichneter Diebſtahl, Nothzucht) auch die zu qualifizirenden Thatſachen (das factum qualificatum, nicht bloß die Qualifikation) enthalten ſein. Dieſe Vorausſetzung iſt aber hier erfüllt; ſie muß erfüllt ſein, weil ja ſonſt auch die Prüfung der Richtigkeit des fraglichen Urtheils reſp. Urtheilsbeſtandtheiles gar nicht möglich und folglich ſchon die Beſchwerde ſelbſt unſtatthaft wäre.

Gerade der Fall eines Fehlers in der Urtheilsfindung iſt es, wo eine derartige Korrektur oder Reviſion ſeitens des Obergerichtes möglich iſt.

1) §. 39. S. 162.

2) Vergl. damit das bayeriſche Geſ. v. 10. Nov. 1848 Art. 249.

Handelte es ſich hier um Feſtſtellung von Thatſachen, Würdigung von Beweiſen, dann wäre allerdings auch im Falle eines error in judicando eine ſolche Korrektur nicht möglich. Allein darum handelt es ſich eben nicht, indem ja die Nichtigkeitsbeſchwerde überall einen juriſtiſchen Fehler, einen Fehler in der Rechtsanwendung vorausſetzt, wegen angeblich irriger Entſcheidung von Thatfragen aber ganz und gar unzuläſſig iſt.[1])

Das Obergericht hat alſo die Sache nicht zu wiederholter Aburtheilung an ein Untergericht zu verweiſen, ſondern die Aburtheilung ſelbſt vorzunehmen. Nun entſteht aber die Frage, ob das Obergericht nicht bloß im Falle einer ſtaatsanwaltſchaftlichen Nichtigkeitsbeſchwerde, ſondern auch dann, wenn dieſe vom Angeklagten und zwar von ihm allein ausgegangen, — die Befugniß haben ſolle, in durius zu reformiren.

Das bayeriſche Recht enthält über dieſen Punkt für die ſchwurgerichtlichen Fälle keine beſondere ausdrückliche Beſtimmung d. h. keine Beſtimmung, ob das Gericht, an welches der Kaſſationshof eine Sache zur wiederholten Aburtheilung (reſp. Verhandlung und Aburtheilung) verwieſen hat, ſchließlich auf eine ſchwerere Strafe erkennen dürfe, als diejenige iſt, zu welcher der Beſchwerdeführer in dem von ihm angefochtenen Erkenntniſſe verurtheilt worden war. Das bayeriſche Recht enthält aber eine ausdrückliche Beſtimmung, wonach in den korrektionellen Strafſachen das Appellationsgericht nicht in durius reformiren darf, wenn der Angeklagte allein die Berufung ergriffen hat[2]).

So wie wir nun der Anſicht ſind, daß dieſe Beſtimmuug nach poſitivem bayeriſchen Rechte auch auf die Nichtigkeitsbeſchwerde analog

1) Die empfohlene Einrichtung findet ſich in einigen Geſetzgebungen z. B. in der braunſchweigiſchen St.-P.-O. §. 168 (vgl. hiezu Degener's Kommentar S. 98); ebenſo in dem preußiſchen Geſ. v. 3. Mai 1852. Art. 116, welches überdies die Beſtimmung enthält, daß „wenn es noch auf thatſächliche Ermittelungen ankommt, die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entſcheidung an das Gericht der betreffenden Inſtanz zu verweiſen ſei.

2) Geſ. v. 10. Nov. 1848 Art. 338. Indeſſen erleidet dieſe Begünſtigung die bedeutende Modifikation, daß das Appellgericht, wenn ſich in der Verhandlung (in II. Inſtanz) Umſtände ergeben, zufolge welcher ſich die That zur Aburtheilung durch das Schwurgericht eignet, die Sache an dieſes zu verweiſen hat. Dieſer Fall iſt bei dem Appellationsgerichte von Oberbayern wirklich vorgekommen. S. die Art. 339 und 321. —

anzuwenden ſei, — ebenſo ſcheint uns dieſelbe auch vom legislativen Standpunkte empfehlenswerth zu ſein, wenn nicht etwa in einem beſtimmten Staate die Wahrnehmung vorliegt, daß von dem Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeſchwerde häufig ein frivoler Gebrauch gemacht werde. Iſt dies der Fall, dann mag die Befugniß des Obergerichts, in durius zu reformiren, als Palliativ gegen frivole Beſchwerden benützt werden.

ad B. Wurde dagegen die Nichtigkeitsbeſchwerde wegen eines error in procedendo erhoben, und findet das Obergericht, daß dieſelbe begründet ſei, ſo kommt es darauf an, welchem Prozeßſtadium die verletzte Vorſchrift angehört, und man unterſcheidet in dieſer Beziehung zweckmäßig nach den 2 Stadien: vor (reſp. bei) und nach der Bildung des Wahrſpruches.

Iſt nämlich 1) eine dem erſten Stadium angehörige Vorſchrift verletzt worden, ſo kann die Entſcheidung des Obergerichts in nichts Anderem beſtehen, als in der Vernichtung des angefochtenen Erkenntniſſes ſammt Verfahren, womit die Verweiſung der Sache zur wiederholten Verhandlung und Aburtheilung vor den judex a quo oder ein anderes dieſem koordinirtes Gericht als natürliche Folge dieſer Entſcheidung verbunden werden muß.

Von einer Reviſion und Korrektur des angefochtenen Urtheils kann in dieſem Falle nicht die Rede ſein, ſowie es auch mit der ganzen übrigen Gerichtsorganiſation unverträglich wäre, dem Obergerichte aufzubürden, daß es die neuerliche Verhandlung und Entſcheidung der Sache ſelbſt übernehme. Es muß ſich vielmehr in dieſen Fällen die Vernichtung auf das ganze Verfahren vom Verweiſungs-Erkenntniſſe angefangen erſtrecken. Daß aber die Vernichtung dieſe Grenze nicht überſchreiten dürfe, hat darin ſeinen Grund, daß die Geſetzgebung auch die Verweiſungserkenntniſſe für anfechtbar erklärt, für dieſe Anfechtung aber ebenfalls eine beſtimmte präkluſive Friſt feſtgeſetzt hat. Das Obergericht verfügt daher, daß die Sache noch einmal auf Grund des früheren Verweiſungserkenntniſſes zu verhandeln und zu entſcheiden ſei[1]).

Daſſelbe gilt auch für den Fall, wenn bei der Bildung des Wahrſpruches ſelbſt eine Nichtigkeit begangen wurde. Denn auch hier muß der Wahrſpruch kaſſirt werden, und da der neue Wahrſpruch

1) C. J. Art. 434; bayeriſches Geſ. v. 10. Nov. 1848 Art. 248 Ziff. 1; — Daniels a. a. O. S. 219.

von anderen Geschwornen gefunden werden muß, so kann natürlich von einer Giltigkeit der früheren Verhandlung nicht die Rede sein [1]).

2) Ist dagegen eine dem zweiten Stadium angehörige Vorschrift verletzt worden, so beschränkt sich die Vernichtung auf das Verfahren nach Verkündung des Wahrspruches, und es fragt sich, ob damit eine Verweisung der Sache vor ein Untergericht zur nochmaligen Urtheilsfällung auf Grund des verkündeten Wahrspruches zu verbinden, oder ob es nicht zweckmäßiger sei, wenn auch in diesen Fällen das Obergericht selbst das Erkenntniß in der Sache fälle. Wir wüßten nicht, warum Letzteres hier nicht gerade so möglich sei, wie in den unter lit. A. besprochenen Fällen, und wir sehen keinen Grund, warum diese im Allgemeinen als zweckmäßig erkannte Einrichtung nicht auch hier Platz greifen sollte.

Was wir unter lit. A. über die reformatio in durius bemerkt haben, dürfte auch auf die unter lit. B. enthaltenen Fälle zu beziehen sein.

Bezüglich der Frage, ob gegen die Entscheidungen der Obergerichte noch eine weitere Beschwerde an das Centralgericht zu gestatten sei, verweisen wir auf das, was wir hierüber bereits in der ersten Abtheilung §. 40 bemerkt haben.

---

1) In der bayerischen Praxis kam ein hieher gehöriger interessanter Fall vor: Nachdem der Obmann der Geschwornen den Wahrspruch verkündet hatte, schickte sie der Gerichtshof unter Anwendung des Art. 196 des Ges. v. 10. Nov. 1848 zur Verbesserung des Wahrspruches in das Berathungszimmer zurück, indem er der irrthümlichen Ansicht war, daß der Wahrspruch einen inneren Widerspruch enthalte. Die Geschwornen änderten hierauf ihren Wahrspruch und der Gerichtshof verurtheilte den Angeklagten danach zu einer Zuchthausstrafe. Die Nichtigkeitsbeschwerde gründete sich auf unrichtige Anwendung des Art. 196. — Es mußte hier nicht nur das Erkenntniß und der zweite Wahrspruch, sondern auch der erste Wahrspruch sammt der ganzen vorausgegangenen Verhandlung kassirt, und die Sache zur wiederholten vollständigen Verhandlung und Entscheidung verwiesen werden. Denn der erste Wahrspruch war dem Angeklagten nicht verkündet worden, die Verkündung konnte nicht mehr nachgeholt werden, weil sie in Gegenwart der Geschwornen geschehen muß, die nicht mehr geladen werden konnten. Die Aufrechthaltung des ersten Wahrspruches war also nicht möglich; es mußte eine neue Verhandlung stattfinden. (Der Fall gehört hieher, da die Verkündung des Wahrspruches (und zwar auch die zweite an den Angeklagten) zur „Bildung" desselben gehört.) Vergl. aber hiemit die Bemerkung bei Morin Dict. pag 480: **Mais la deuxième déclaration ne saurait prevaloir contre la première, si le renvoi dans la chambre des délibérations avait été ordonné sans nécessité absolue....**

Was endlich die Frage betrifft, ob die Nichtigkeitsbeschwerde wiederholt auch gegen das zweite Erkenntniß des Untergerichts statthaft sein solle, wenn das erste Erkenntniß wegen Verletzung einer prozessualischen Vorschrift vernichtet und die Sache zur wiederholten Verhandlung und Aburtheilung an ein Untergericht verwiesen worden war, — so glauben wir, daß dieselbe weder unbedingt bejaht noch unbedingt verneint werden könne. Darauf kann es nach unserer Ansicht nicht ankommen, ob es dieselbe Partei (Staatsanwalt oder Angeklagter) sei, welche die Beschwerde wiederholt erheben will.

Es kommt vielmehr darauf an, aus welchem Grunde die zweite Beschwerde erhoben werden will. Ist der Grund der neuen Beschwerde nicht derselbe, wie der der früheren, so ist diese Beschwerde statthaft, insoferne sie nicht an einem sonstigen Gebrechen leidet. Ist dagegen der Grund der neuen Beschwerde genau derselbe, wie der der früheren, dann kommt es darauf an, ob das Untergericht wirklich wiederholt den prozessualischen Fehler begangen hat, wie bei dem früheren Verfahren, oder ob es bei dem zweiten Verfahren in dem fraglichen Punkte nach der ausgesprochenen Rechtsansicht des Obergerichtes gehandelt hat. Letzteren Falles kann die wiederholte Beschwerde offenbar nicht zugelassen werden. Ersteren Falles aber ist für die wiederholte Beschwerde unstreitig sogar noch weit mehr Grund vorhanden, als für die erste, vom Obergericht bereits für zulässig und begründet erklärte. Es ist nothwendig, daß für solche Fälle die Bestimmung getroffen werde, daß das Untergericht, an welches eine Sache nach der zweiten Vernichtung eines Erkenntnisses aus demselben Grunde verwiesen wird, bei der dritten Verhandlung die vom Obergerichte wiederholt ausgesprochene Rechtsansicht als unabweichliche Norm befolge [1]).

1) Bei einer unrichtigen Anwendung des Strafgesetzes, sowie bei Verletzung einer prozessualischen Vorschrift nach Verkündung des Wahrspruches wird nach unseren Vorschlägen die Sache nicht zur wiederholten Aburtheilung an ein Untergericht zurückverwiesen, sondern das Erkenntniß vom Obergerichte selbst gefällt; es kann also in diesen beiden Fällen nicht vorkommen, daß ein Untergericht zweimal in einer und derselben Sache den nämlichen juristischen Fehler begehe. — Aehnliche Bestimmungen, wie die obigen, finden sich in den positiven Rechten. S. z. B. bayer. Ges. v. 10. Nov. 1848 Art. 251 und 252. — Ueber die französische Gesetzgebung s. Mittermaier „das deutsche Strafverf." II., S. 649.

2. Kapitel.

Die Revision.

§. 66.

A. Von der Nothwendigkeit und dem Begriffe der Revision[1]).

Wir haben oben[2]) ganz allgemein den Grundsatz anerkannt, daß jede gerichtliche Handlung, also auch jedes Endurtheil als möglicherweise fehlerhaft der Anfechtung ausgesetzt werden müsse. Wir haben ferner nachgewiesen[3]), daß der Anfechtung der Endurtheile überall gar kein Hinderniß im Wege stehe, wenn dieselbe auf einen solchen Fehler gegründet wird, der sich auf diejenigen Bestandtheile des Gesammturtheiles bezieht, welche eine Rechtsanwendung oder juristische Entscheidung enthalten.

Dabei sahen wir[4]), daß es gleichgiltig sei, ob diese Entscheidung von Geschwornen oder von rechtsgelehrten Richterbeamten ausgegangen, soferne nur außer der juristischen Qualifikation auch das factum qualificatum für den (prüfenden) Oberrichter erkennbar ist.

Dagegen haben wir gefunden, daß sich dies anders verhalte bezüglich derjenigen Bestandtheile des Urtheils, welche die Entscheidung von reinen Thatfragen enthalten. Wir haben nämlich gesehen, daß das Urtheil wegen fehlerhafter Entscheidung der Thatfrage, — vorausgesetzt, daß diese Entscheidung aus der freien Ueberzeugung des Richters geschöpft ist — nicht angefochten werden könne, weil hier eine Prüfung und Aenderung derselben unmöglich

---

1) Die Anordnung des Stoffes ist in diesem Kapitel fast ganz dieselbe, wie in dem vorhergehenden. Die Frage, wem die Revision zustehe, ist jedoch hier nicht besonders besprochen, sondern in dem Abschnitte von dem Gegenstande der Revision das Nöthige darüber bemerkt. Dafür findet sich hier ein besonderer Abschnitt, von der Nothwendigkeit und dem Begriffe des Rechtsmittels, welcher im ersten Kapitel nicht nothwendig zu sein schien. — Was die Geschichte dieses Rechtsmittels betrifft, so bietet sie nichts besonders Interessantes und dient Nichts zur Erklärung unseres jetzigen Rechtszustandes. Dagegen ist in dieser Beziehung wichtig und interessant die Geschichte der Revision im französischen Rechte seit Einführung der jury. Indessen ist diese Geschichte so bekannt, daß wir sie hier nicht zu wiederholen wagten. — Eine kurze, aber gute Darstellung dieser Geschichte, sowie auch des früheren französischen Rechts enthält namentlich Morin Dict. s. v. „Revision" p. 707.

2) S. I. Abth. §. 20. S. 68 ff.

3) S. I. Abth. §. 28. S. 104.

4) S. I. Abth. §. 29. S. 106.

ist, — und auch hier wieder ohne Unterschied, ob jene Entscheidung der Thatfrage von rechtsgelehrten Richterbeamten oder Geschwornen ausgegangen [1]).

Wir haben aber endlich ebenso auch schon gezeigt [2]), daß diese Unabänderlichkeit der Thatfrageentscheidung nur für diejenige Anfechtung des Urtheils bestehe, welche auf einen Fehler gegründet werden will, den sich das richterliche Organ für diese Entscheidung habe zu Schulden kommen lassen, oder — was dasselbe ist, daß die Thatfrageentscheidung nur bei unveränderter Aktenlage unabänderlich sei; — daß dies hingegen nicht gelte, wo die Anfechtung des Urtheils auf neue Thatsachen oder Beweismittel gegründet wird. Hier kann von jenem Hinderniſſe gar nicht die Rede sein, weil es sich hier gar nicht um eine Prüfung der Richtigkeit des angefochtenen Urtheils handelt.

Der Anfechtende behauptet hier nicht, daß dieses Urtheil resp. die in ihm enthaltene Entscheidung der Thatfrage fehlerhaft sei, er macht dem Richter, von welchem diese Entscheidung ausgegangen, gar keinen Vorwurf und stellt weder an ihn, noch an den höheren Richter das Ansinnen, über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Entscheidung eine Untersuchung und Prüfung anzustellen.

Er behauptet zwar, daß das Urtheil eine Ungerechtigkeit enthalte und daß die Beantwortung der Thatfrage eine unrichtige und unwahre sei, indem sie im Widerspruche stehe mit dem wirklichen Sachverhalte; er verlangt daher auch allerdings eine andere Entscheidung der Thatfrage und in Folge deren ein Schlußurtheil von anderem Inhalte, als das angefochtene. Insoweit stehen sich daher jene als unstatthaft bezeichnete [3]) und die hier in Rede stehende Urtheilsanfechtung einander gleich. Allein sie unterscheiden sich wesentlich dadurch

1) S. I. Abth. §. 30. ff.

2) S. I. Abth. S. 148.

3) Wenn wir sie mit dem Worte „Appellation" oder „Berufung" bezeichnen, so müssen wir wiederholt darauf aufmerksam machen, daß wir darunter nur einen sehr geringen Bestandtheil von dem, was gewöhnlich so genannt wird, verstehen, — nämlich die Urtheilsanfechtung wegen unrichtiger Entscheidung der Thatfrage ohne das Vorbringen von neuen Thatsachen oder Beweismitteln. Die übrigen Bestandtheile nennen wir theils Nichtigkeitsbeschwerde, theils Revision. Nur jene Urtheilsanfechtung erkennen wir als unstatthaft. S. I. Abth. §. 30 und 37. —

von einander, daß jene ſich auf das Verhältniß der Thatfrageentſcheidung zu dem in Vorlage gekommenen Beweismaterial bezieht und dieſes Verhältniß als ein Mißverhältniß angreifen will, während die letztere von dieſem Verhältniſſe ganz abſtrahirend ſich auf das Verhältniß der Thatfrageentſcheidung zu einem theilweiſe neuen Beweismateriale bezieht und auf dieſes Verhältniß als auf ein Mißverhältniß das Anſinnen auf Aenderung der Thatfrageentſcheidung und ſomit auch des Schlußurtheiles gründen will.

Eben in dieſer Verſchiedenheit der Subſtanzlirung der beiden Anfechtungen liegt nun auch der Grund, warum die eine zuläßig, die andere unzuläßig iſt.

Es kann darüber kein Zweifel entſtehen, daß die Entſcheidung der Thatfrage, ſie gehe nun von einem Untergerichte oder Obergerichte, von Geſchwornen oder rechtsgelehrten Richterbeamten aus, eine fehlerhafte ſein und daß demnach — wenn wir uns dieſes Ausdruckes bedienen dürfen — die Scheltung des Urtheils an und für ſich vollkommen begründet und gerechtfertiget erſcheinen könne. Es muß daher auch zugeſtanden werden, daß durch das Prinzip der Gerechtigkeit die Korrektur des fehlerhaften Urtheils ebenſo geboten ſei, wie die Korrektur des Urtheils auf Grund neuer relevanter Thatſachen. Allein es fehlt hier, wie ſchon oft genug bemerkt wurde, an den Mitteln zur Nachweiſung des Fehlers, und muß deßhalb — es iſt gut, wenn dies unumwunden einbekannt wird — das Gebot der Gerechtigkeit hier unerfüllt bleiben, wie auch ſonſt den Forderungen der Gerechtigkeit nicht ſelten die Unmöglichkeit der Befriedigung entgegenſteht. Ultra posse nemo tenetur.

Von einer ſolchen Unmöglichkeit kann aber offenbar da gar nicht die Rede ſein, wo keine Prüfung des ausgeſprochenen, ſondern auf Grund neuer Thatſachen ein ganz neues Urtheil verlangt wird. Dieſem Verlangen gegenüber iſt keinerlei Hinderniß zu entdecken, daher hier das Gebot der Gerechtigkeit erfüllt werden muß, welches darin beſteht, daß ein Urtheil nicht aufrecht erhalten werden dürfe, deſſen faktiſche Grundlage erwieſenermaſſen falſch iſt. —

Zuſatz. 1) Es iſt nicht richtig, wenn die Nothwendigkeit des hier in Rede ſtehenden Rechtsmittels aus dem Unterſuchungs-Prinzipe oder dem Streben nach materieller Wahrheit deducirt wird. Denn das Unterſuchungsprinzip iſt nichts Anderes, als eine allgemeine

Maxime oder ein allgemeines Normativ, nach welcher oder nach welchem bei gegebener Veranlassung ein Strafverfahren einzuleiten und ein bereits eingeleitetes Strafverfahren zu führen ist; es bildet, wie schon bemerkt wurde, den Gegensatz zu der Verhandlungsmaxime oder dem Prinzipe der formellen Wahrheit [1]).

Der Anfang eines Strafprozesses kann aber offenbar seinen Grund nicht in einer Maxime haben, die sich lediglich auf den modus procedendi bezieht. Der Grund des Anfanges eines Strafprozesses muß daher ein anderer tiefer ligender sein, und er ist eben das Prinzip der Gerechtigkeit. Da nun durch unser Rechtsmittel zunächst auch nichts anderes bezweckt werden will, als eine, wenn auch nur theilweise, neue Untersuchung, so hat dasselbe seine Rechtfertigung ebenfalls nur in dem Principe der Gerechtigkeit zu suchen, nicht in der Untersuchungsmaxime.

2) Was sodann die namentlich auch von Arnold [2]) mit Wärme erörterte Frage betrifft, ob, wie dies von älteren und neueren Gesetzgebungen ganz oder theilweise geschehen, der Verurtheilte, falls die Voraussetzungen der Zuläßigkeit unserer Urtheilsanfechtung vorhanden sind, mit dieser an die Gnade des Regenten zu verweisen, oder die Kognition über dieselbe den Gerichten zu übertragen sei, so können wir von einer besonderen Erörterung derselben Umgang nehmen, da wir bereits oben [3]) im Allgemeinen die Nothwendigkeit dargethan haben, daß überall die Kognition über Urtheilsanfechtungen ausschließlich den Gerichten zugewiesen sei.

Es steht also für uns bereits fest, daß der Verurtheilte unter jenen Voraussetzungen die Abänderung des Urtheils nicht als Gnade zu erflehen, sondern als Recht zu fodern habe [4]).

---

1) S. I. Abth. Vorrede pag. XV.

2) in seiner im Folgenden mehrfach zu erwähnenden ausgezeichneten Abhandlung: „Wiederaufnahme des Strafverfahrens" in Jagemann's „Gerichtssaal" III. Jahrg. Januarheft S. 47. — Arnold ist, wie wir sehen werden und wie er selbst S. 63 sagt, davon ausgegangen, daß „man auch bei diesem Theile der Legislation nach Prinzipien verfahren und Grundsätze aufstellen müsse, keineswegs aber mit einer Kasuistik sich begnügen dürfe" — und er hat sich dadurch ein großes Verdienst erworben. —

3) erste Abtheilung §. 27 S. 99.

4) Ebenso setzen wir als selbstverständlich voraus, daß auch über die Frage der Zuläßigkeit des Rechtsmittels und Alles, was damit zusammenhängt, nur

3) Es wurde endlich schon früher[1]) bemerkt, daß bezüglich der Benennung dieses Rechtsmittels, welches in Frankreich Revision heißt, unter den neueren deutschen Strafprozeßordnungen ebensowenig Uebereinstimmung herrsche, wie bezüglich des Spielraumes, den man demselben einräumt. So heißt dasselbe in dem bayerischen Ges. v. 10. Nov. 1848 „Wiederaufnahme des Strafverfahrens[2]),“ in der preußischen V.-O. v. 3. Jan. 1849 „Restitution,“ in der braunschweigischen St.-P.-O. v. 22. Aug. 1849 „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand,“ in dem neuen Zürcher Ges. v. 1853 „Wiederherstellungsgesuch,“ in dem großherzogl. hessischen (und nassauischen) Ges. v. 28. Oktober 1848 (resp. 14. April 1849) „Wiederaufnahme des Verfahrens“ ꝛc. ꝛc.

§. 67.

B. Von dem Grunde der Revision.

a) Im Allgemeinen.

Die Kardinalfrage ist auch hier, wie bei der Nichtigkeitsbeschwerde die, aus welchem Grunde das Rechtsmittel der Revision zuläßig sei, oder, was zur Begründung desselben gehöre.

Es bedarf für den Kundigen nicht der Bemerkung, daß die Beantwortung dieser Frage unter der Voraussetzung eines mündlichen und das Prinzip der Thatfrageentscheidung nach der freien Ueberzeugung des Richters anerkennenden Verfahrens zu den allerschwierigsten des gesammten Strafprozeßrechtes gehöre. Beweis, mehr als hinreichend, daß dem so sei, liefert nicht allein die französische, sondern auch die neuere deutsche Gesetzgebung und nicht minder das englische, schottische und amerikanische Recht[3]).

---

die Gerichte zu entscheiden haben, daß dabei z. B. dem Justizminister, wie dies in Frankreich besteht, keinerlei Einwirkung gestattet sein könne. Vgl. Schwarze „Von der Wiederaufnahme des Strafverfahrens“ im Arch. des Krim.-Rechts 1851 St. 4. S. 558. Die Erörterungen Schwarze's sind das Beste, was bis jetzt über die Rechtsmittel der Revision erschienen ist.

1) I. Abth. S. 149 Note 1.

2) Ebenso in dem Entwurf einer St.-P.-O. für das K. Sachsen (1854) und in der hannoverischen St.-P.-O. v. 8. Nov. 1850.

3) S. Mittermair „das englische, schottische und amerikanische Strafverfahren“ Erlangen 1851 S. 523 ff. — Ueber das fragliche Rechtsmittel in

Wir halten es nicht für nothwendig, uns hier in eine erschöpfende Kritik der bezeichneten Gesetzgebungen einzulassen. Der Umfang unserer Abhandlung würde dadurch um ein Bedeutendes erweitert werden, ohne daß wir damit einen wesentlichen Nutzen zu erreichen vermöchten.

Die offenbare Unzulänglichkeit der fraglichen Bestimmungen der französischen und neueren deutschen Strafgesetzgebungen ist in der letzteren Zeit so gründlich und überzeugend dargethan worden, daß wir uns mit dem besten Gewissen dabei beruhigen können, wenn wir unsere Leser in dieser Beziehung auf die neuesten Erörterungen von Arnold, Schwarze und Kirchner[1]) hinweisen.

Wir wüßten der fraglichen Kritik in der That nichts Wesentliches hinzuzufügen, und können uns daher sofort zum Versuche der Beantwortung unserer Frage selbst wenden.

Es ist zwar auch der positive Theil in den Abhandlungen von Arnold und Schwarze[2]) ebenso scharfsinnig und gründlich, wie der kritisirende, und vielfach werden wir die Resultate dieser trefflichen Untersuchungen als richtig anerkennen. Allein es wird sich aus dem Folgenden von selbst ergeben, daß wir uns einer wiederholten Erörterung der Frage nicht entschlagen können.

Bei dieser Erörterung halten wir es nun vor Allem für nothwendig, die Hauptschwierigkeiten der Frage etwas näher ins Auge zu fassen.

Wir haben es hier meistens[3]) mit der Anfechtung von sogenannten rechtskräftigen d. i. vollziehbaren oder vollzogenen (und zwar entweder

---

Sizilien, Parma, Griechenland, Portugal ꝛc. s. Mittermaier „das deutsche Strafverf." S. 642.

1) „Zur Lehre von der Wiederaufnahme des Strafverfahrens" im Gerichtssaal 1853 5. Jahrg. Märzheft S. 191 ff. — S. aber auch noch Morin Dict. s. v. „Revision" p. 707 ff.

2) Die von Schwarze in seiner oben angeführten Abhandlung aufgestellten Ansichten und Grundsätze sind neuerlichst im Wesentlichen in den „Entwurf einer St.-P.-O. für das K. Sachsen" (nebst Motiven erschienen zu Dresden 1853. Meinhold) übergegangen, haben also legislative Bedeutung gewonnen, worüber sich jeder Sachverständige gewiß freuen wird. Der sächs. Entwurf ist das Beste, was in Bezug auf den fraglichen Gegenstand auf dem Gebiete der Gesetzgebung bis jetzt geleistet worden ist. Wir werden daher in dem Folgenden auf ihn ganz besonders Rücksicht nehmen. Sehr bedeutende Verbesserungen finden sich aber auch schon in dem Züricher Gesetze §. 171 ff.

3) S. unten §. 82.

ganz oder doch theilweiſe vollzogenen) Strafurtheilen zu thun. Wenn man zugeben muß, daß es vom Utilitätsſtandpunkte aus für den Staat eine mißliche Sache iſt, den Vollzug ſolcher Strafurtheile zu ſuspendiren, welche durch ſeine competenten Organe auf geſetzliche Weiſe zu Stande gekommen ſind, — ſo wird man von vorneherein nicht läugnen können, daß der Spielraum unſeres Rechtsmittels mit größter Genauigkeit (im doppelten Sinne dieſes Wortes) abzugrenzen ſei. Es „müſſen ſolche Anfechtungen der Rechtskraft," wie Arnold bemerkt, „nur unter ganz beſonderen Bedingungen und alſo nur ſelten zuläſſig ſein, damit nicht der Geſetzgeber, welcher die Rechtskraft einführt, um das Ende der Rechtsſachen herbeizuführen, dieſes ſein eigenes Juſtitut durch Geſtattung von Rechtsmitteln gegen die Rechtskraft ſelbſt wieder wirkungslos mache."

Dieſe Erwägung muß ſich jeder Strafprozeßgeſetzgebung aufdrängen, ihre Prinzipien ſeien, welche da wollen. Sie iſt nicht minder bedeutungsvoll für jene Geſetzgebung, welche die Thatfrage nach einem bindenden Beweisſyſteme und bloß aus einem Aktenmateriale entſcheiden läßt, als für diejenige, welche die Prinzipien der Mündlichkeit und der freien überzeugungsmäßigen Thatfrageentſcheidung adoptirt hat. Ungleich mehr Schwierigkeit wird aber die letztere in der Regelung unſeres Rechtsmittels finden, als die erſtere.

Wir haben nämlich bereits als Grund unſeres Rechtsmittels im Allgemeinen das Vorbringen von ſaktiſchen Momenten kennen gelernt, welche zu den weſentlichen Grundlagen der Thatfrageentſcheidung in dem Verhältniſſe der Neuheit ſtehen.

Schon dieſe Vorausſetzung für ſich allein läßt die Begründung unſeres Rechtsmittels, wenn das Strafverfahren auf das Prinzip der Unmittelbarkeit oder Mündlichkeit gebaut iſt, als eine viel ſchwierigere erſcheinen, als ſie bei einem auf das Prinzip der vollſtändigen und ausſchließlichen Aktenmäßigkeit gebauten Verfahren ſein kann.

Denn wenn auch während der mündlichen Verhandlung ein Protokoll geführt wird, in welchem das Wichtigſte der Verhandlung aufgezeichnet wird, ſo möchte es doch noch zweifelhaft ſein, ob ſich daraus mit ſolcher Sicherheit entnehmen laſſe, ob das, was nun neuerlich vorgebracht wird, wirklich neu d. h. nicht ſchon in der

ersten Verhandlung vorgekommen sei, wie dies dann der Fall ist, wenn die Thatfrage lediglich auf Akten hin entschieden wurde. Es kommt hier nämlich Alles auf die Fähigkeit, die Aufmerksamkeit und die Gewissenhaftigkeit des Protokollführers an. Derselbe kann einen Umstand im Protokolle entweder gar nicht oder nur sehr mangelhaft verzeichnen, auf welchen später ein Gesuch um Wiederaufnahme des Strafverfahrens gestützt werden will.

Es mag nun den Protokollführer hiebei ein Vorwurf der Nachlässigkeit oder Ungewissenhaftigkeit treffen oder nicht, der Zweifel bezüglich der Neuheit der jetzt vorgebrachten faktischen Momente ist einmal vorhanden, und es fragt sich eben, ob und wie er durch das Protokoll zu beseitigen sei.

Nimmt man hiezu noch die aus dem Prinzipe der Mündlichkeit nothwendig hervorgehende, also ebenfalls prinzipielle (verhältnißmäßig) geringe Bedeutung des Protokolls (bezüglich des thatsächlichen Theiles der Verhandlung), wodurch einerseits jede Schuld des Protokollführes gemindert, andererseits die Unbrauchbarkeit des Protokolles zur Hebung jenes Zweifels vermehrt zu werden scheint, — so wird nicht in Abrede gestellt werden können, daß die Schwierigkeit für unser Rechtsmittel in einem mündlichen Verfahren bei Weitem größer sei, als in einem schriftlichen. Nichtsdestoweniger ist das Sitzungsprotokoll für unser Rechtsmittel von außerordentlicher Wichtigkeit, indem sich unten (§. 74) zeigen wird, daß regelmäßig aus ihm und zwar aus ihm allein zu entnehmen ist, ob das angebliche novum ein wirkliches novum sei.

§. 68.

Fortsetzung.

Eine noch viel größere Schwierigkeit, als diese, bringt aber das Prinzip der freien überzeugungsmäßigen Thatfrageentscheidung mit sich. Hier ist nicht bloß die Frage der Neuheit schwierig, sondern auch die der Relevanz.

Zur Substanzlirung unseres Rechtsmittels genügt es nämlich nicht, daß das spätere Vorbringen bloß ein neues sei, sondern es muß auch ein solches sein, daß im Falle seiner Verifikation eine andere Entscheidung der Thatfrage erfolgen könne und müsse, als diejenige ist, welche nach der früheren Verhandlung erfolgt war, es

muß m. E. W. relevant sein. Nicht jedes Neue, es sei nun eine Thatsache oder ein Beweismittel, ist, wenn auch seine Verifikation vorausgesetzt wird, von der Art, daß dadurch eine andere Entscheidung der Thatfrage herbeigeführt werden könnte. Wenn z. B. der wegen Diebstahls Verurtheilte später anbringen wollte, daß er ein reicher Mann sei, oder einen neuen Zeugen für seinen guten Leumund produciren wollte, so möchte dieses Novum schwerlich geeignet sein, ein anderes Urtheil herbeizuführen und somit zur Substanziirung des Gesuches um W. d. St. V. zu dienen. Hiezu ist vielmehr nur ein solches Novum geeignet, welches, es sei nun eine neue Thatsache im engeren Sinne des Wortes oder ein neues Beweismittel, zu der Grundlage der Thatfragenentscheidung im Verhältnisse des Widerspruches steht, wodurch also diese Grundlage erschüttert wird. Nur ein solches Novum kann relevant genannt werden. Ein Novum, welches mit der Grundlage der Thatfrageentscheidung vereinbar und verträglich ist, ist für uns irrelevant; es kann darauf kein Gesuch um neue Untersuchung oder Verhandlung gegründet werden.

Hienach stellt sich nun aber die andere schwierige Frage heraus: wie ist die Relevanz des neuerlichen Vorbringens zu prüfen, woraus ist sie zu erkennen oder, was dasselbe ist, wie und woraus ist zu entnehmen, ob dieses Vorbringen zu der Grundlage der Thatfrageentscheidung im Verhältnisse des Widerspruches stehe?

Es leuchtet ein, daß zur Beantwortung dieser Frage die Kenntniß jener Grundlage nothwendig ist. Man muß wissen, warum oder auf welche Gründe hin der Angeklagte, welcher das Gesuch um Wiederaufnahme des Strafverfahrens stellt, wegen des so und so beschaffenen Diebstahls für schuldig befunden worden, um ermessen zu können, ob diese Entscheidung nicht Statt gefunden hätte, wenn dieser oder jener Umstand bekannt gewesen oder dieses oder jenes Beweismittel producirt worden wäre. Es entsteht also die weitere Frage, woraus die Kenntniß der Grundlage der Thatfrageentscheidung geschöpft werden könne.

Erst mit dieser Frage sind wir an dem Kernpunkte unseres Gegenstandes angelangt. „Aus welchen Gründen wurde im konkreten Falle die Thatfrage so und nicht anders entschieden?“

Wo eine bindende positive Beweistheorie herrscht, da kann bei Beantwortung dieser Frage keine Verlegenheit entstehen. Die Gründe der Thatfrageentscheidung lassen sich hier ganz genau und erschöpfend darlegen; der Richter brauchte hier bei der Entscheidung der Thatfrage nur die gesetzlich feststehende allgemeine Formel durch das Konkrete auszufüllen. Eine Lücke kann hier d. h. insoferne das Rechtsmittel der Revision statthaft sein soll, niemals vorkommen, denn wäre sie da, so läge hierin ein juristischer Fehler und es könnte dann von dem Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde Gebrauch gemacht werden. Die Entscheidungsgründe für die Thatfrageentscheidung sind hier nichts Anderes, als eine mit dem Konkreten ausgefüllte allgemeine Formel des Beweissystemes. Die Prüfung, ob das Novum mit der Grundlage der Thatfrageentscheidung im Widerspruche stehe, oder ob dasselbe relevant d. h. geeignet sei, eine andere Thatfrageentscheidung herbeizuführen — kann hier keiner Schwierigkeit unterliegen.

Aber auch bei den Gesetzgebungen, welche zwar keine bindenden Beweisregeln aufgestellt haben, wohl aber in den Zuchtpolizeisachen von den Richterbeamten auch Entscheidungsgründe für die Entscheidung der Thatfrage verlangen, läßt sich, wie wir unten sehen werden, aus den Entscheidungsgründen die Frage der Relevanz des späteren Vorbringens für diese Fälle leicht beantworten [1]).

Wie nun aber da, wo für die Thatfrageentscheidung keine solchen Entscheidungsgründe [2]) vorhanden sind? Woraus

1) Wenn man das Institut der Entscheidungsgründe (für die Thatfrage) vertheidigen will, so muß man es nicht, wie dies zu geschehen pflegt, mit dem Rechtsmittel der Berufung, sondern mit dem der Revision in Verbindung bringen. Es ist vergebliche Mühe, auf dies Institut eine Anfechtung der Thatfrageentscheidung ohne nova gründen zu wollen; wohl aber ist es, wie wir sehen werden, von Nutzen für die auf ein novum gestützten Anfechtung der Thatfrageentscheidung d. i. die Revision.

2) Wie dies in den schwurgerichtlichen Fällen überall und in Braunschweig auch in den Zuchtpolizeisachen der Fall ist. Vergl. braunschw. St. P. O. v. 22. Aug. 1849 §. 92 und §. 156. S. I. Abth. S. 137. Interessant für die Beurtheilung der braunschweigischen Gesetzgebung in dieser Beziehung ist die Bemerkung Mittermaier's, des eifrigsten Vertheidigers der gegentheiligen Einrichtung, in seiner Abhandlung „über den Zustand der Strafprozeß-Ordnung in Deutschland" ꝛc. Arch. des Krim. R. 1854 St. 1. S. 144: „Wir sind schuldig, zu erklären, daß nach den Erkundigungen bei ausgezeich-

ſoll hier entnommen werden, was Grundlage der (konkreten) Thatfrageentſcheidung war?

Die Beantwortung dieſer Frage iſt hier, weil unſere Strafprozeßordnungen von den Geſchwornen zur Zeit wenigſtens nirgendwo Entſcheidungsgründe verlangen, von ganz beſonderer Wichtigkeit und wir betrachten ſie als eine unſerer dringlichſten Aufgaben. Wir glauben ſie in der Art löſen zu können, daß wir etwas genauer betrachten, was im Allgemeinen die Grundlage einer vernünftigen Thatfrageentſcheidung ſei.

Als ſolche glauben wir in Kürze den vollſtändigen Beweis über den (objectiven und ſubjectiven) Thatbeſtand[1]) des zur Laſt gelegten Verbrechens bezeichnen zu können.

Iſt dieß, wie wohl nicht in Abrede geſtellt werden kann, richtig, ſo werden wir wohl auch weiter mit Zuverſicht behaupten können, daß ein jedes Novum als relevant d. h. mit der Grundlage der Thatfrageentſcheidung im Verhältniſſe des Widerſpruches ſtehend zu betrachten ſei, durch welches entweder

I. die Exiſtenz des objectiven oder ſubjectiven Thatbeſtandes des fraglichen Verbrechens, alſo mit einem Worte: das Bewieſene oder als bewieſen Angenommene,

oder aber

II. die Beweistüchtigkeit eines in der Verhandlung producirten Beweismittels, alſo mit einem Worte das Beweiſende als nicht vorhanden dargethan wird.

Denn eben darin beſteht der Beweis (im weiteren volleren Sinne des Wortes), daß Bewieſenes und Beweiſendes ſo ſicher ſeien, als dieß bei der Beſchränktheit und Unſicherheit menſchlicher Erkenntniß überhaupt möglich iſt. Sobald ſich nun an dem Beweiſe im konkreten Falle etwas Weſentliches ändert (eine relevante Veränderung ergibt), alſo entweder ein als bewieſen Angenommenes ſich als nicht exiſtent oder als nicht vollkommen ſicher, — oder aber die Beweis-

neten braunſchweigiſchen Praktikern gegen dieſe Anordnung keine Klagen laut werden."

1) Bezüglich des Begriffes „Thatbeſtand" wollen wir uns hiemit ausdrücklich auf Köſtlin's „Syſtem des deutſchen Strafrechts" Tübingen 1855. §. 111. bezogen haben.

untüchtigkeit eines Beweismittels herausſtellt, ſo iſt der Beweis nicht mehr vorhanden, mithin die Grundlage der Thatfrageentſcheidung gehoben.

Allein hiemit (mit dem Bewieſenen und dem Beweiſenden) allein iſt die Grundlage einer vernünftigen Thatfrageentſcheidung noch nicht vollſtändig gegeben. Zu ihr (zum vollſtändigen und ächten Beweiſe) gehört

III. auch noch das, daß das vermittelnde Glied (medium) zwiſchen den objektiven Beweisverhandlungen und der Entſcheidung, das medium, wodurch jene, um zu dieſer zu gelangen, hindurchgehen müſſen, d. i. die Reflexion (das Gewiſſen) des Richters eine lautere (reine und nicht meine [meineidige]) ſei. Die Thatfrageentſcheidung iſt keine vernünftige (rechtlich-ſittliche), ſie hat kein rechtlich-ſittliches Fundament, wenn der Richter beſtochen war[1]).

Dies ſind die drei Gründe, auf welche ein Geſuch um Wiederaufnahme des Strafverfahrens geſtützt werden kann, und welche wir nun in dem Folgenden einzeln einer näheren Betrachtung zu unterwerfen haben.

Vorher aber glauben wir es unſeren Vorgängern und unſeren Leſern ſchuldig zu ſein, das zu berückſichtigen, was von den Erſteren hinſichtlich der Begründung unſeres Rechtsmittels vom legislativen Standpunkte vorgeſchlagen wird.

---

1) Arnold a. a. O. S. 64 in der Anmerkung glaubt, daß „der Fall, wenn von den Geſchwornen oder Richtern einer oder mehrere beſtochen geweſen, mehr eine Nichtigkeitsbeſchwerde, als eine Wiederaufnahme begründe;“ Schwarze a. a. O. S. 570 dagegen will auch für dieſe Fälle die Reviſion geſtatten und ſie ſogar auf die Fälle ausdehnen, wo der Staatsanwalt oder der Vertheidiger beſtochen waren. Ueber dieſe Ausdehnung werden wir unten zu ſprechen haben. Was die Hauptfrage betrifft, ſo geben wir Arnold Recht, wenn er in der Beſtechung eines Geſchwornen oder Richters einen Nichtigkeitsgrund erblickt; ſie bildet unſtreitig eine Verletzung einer weſentlichen prozeſſualiſchen Norm. Dies hindert aber nicht in dieſen Fällen auch die Reviſion zuzulaſſen. Wenn man erwägt, daß die Nichtigkeitsbeſchwerde an beſtimmte Friſten gebunden iſt, ſo erſcheint die jederzeit zuläßige Reviſion als unentbehrlich in dieſen Fällen. Zu dieſem mehr äußerlichen Grunde kommt aber noch der innere, daß bei einer Geſetzgebung, welche keine bindenden Beweisregeln kennt, in der Entſcheidung der Thatfrage, ſo unzweifelhaft ſie auch ein wahres Urtheil iſt, doch immer auch zugleich ein Stück von Beweis enthalten iſt, — nämlich die Ueberzeugung des Richters, wodurch die Beweismittel erſt das werden, was man Beweis nennt.

Nach Arnold[1]) „kann die Wiederaufnahme nur wegen neuer Thatumstände d. h. wegen solcher Thatumstände oder Beweise gesucht werden, welche dem erkennenden Gerichte und dem Verurtheilten vor der Urtheilsfällung nicht bekannt waren, oder, welche bekannt, aber nicht zu ermitteln waren.“ Nachdem er auf diese Weise den Begriff der Neuheit festgestellt hat, spricht er sich über das Erforderniß der Relevanz dahin aus, daß „die neuen Thatumstände oder Beweise in der Art erheblich sein müssen, daß durch sie dargethan wird entweder

a) daß der Verurtheilte unschuldig oder
b) daß der gegen ihn vorhandene Beweis ganz oder zum Theil falsch ist oder
c) daß der Anschuldigungsbeweis die Verurtheilung nicht rechtfertigt.“

Wir haben an diesem Register auszusetzen, daß es zu klein und zu groß ist; zu klein, weil, wie schon bemerkt, der Fall der Bestechung eines Richters oder Geschwornen fehlt, und zu groß, weil die Fälle a und c zusammengehören, resp. letzterer schon im ersteren enthalten ist. Denn „unschuldig“ ist der Angeklagte vor dem Gerichte — und von einer anderen Unschuld kann hier nicht die Rede sein — auch dann, „wenn der Anschuldigungsbeweis die Verurtheilung nicht rechtfertiget.“

Ebenso wie das Gericht den Angeklagten in diesem Falle nicht schuldig sprechen soll, ebenso soll es die Schuldigerklärung (Verurtheilung) wieder aufheben, wenn sich erst nachher (nach der Verurtheilung) neue Beweise ergeben, durch welche „der Anschuldigungsbeweis so geschwächt wird, daß die Verurtheilung sich nicht mehr rechtfertigt[2]).“

Er ist in beiden Fällen vor dem Gerichte, das immer nur nach Beweisen zu urtheilen hat und für dessen Entscheidung apodiktische Gewißheit nicht gefordert werden kann, — nicht schuldig oder unschuldig. Es ist hiebei ganz gleichgiltig, ob ein förmlicher Unschuldsbeweis geliefert werden kann oder ob nur der Anschuldigungsbeweis zerstört oder entkräftet zu werden vermag. In jedem Falle geht die

1) a. a. O. S. 64.
2) a. a. O. S. 67.

Deduktion darauf, daß der Geſammtthatbeſtand nicht ſo ſei, wie er in der fraglichen Thatfrageentſcheidung angenommen worden iſt, und in jedem Falle iſt — die Verifizirung des novum vorausgeſetzt — das Reſultat die Nichtſchuld oder Unſchuldserklärung.

Arnold iſt zu der in Rede ſtehenden Theilung dadurch gekommen, daß er, wie wir im folgenden Paragraphen zeigen werden, den erſten Fall zu eng gegriffen hat. Er ſagt nämlich, „der Unſchuldsbeweis könne geliefert werden entweder dahin, daß

a) das Verbrechen, wegen deſſen die Verurtheilung geſchah, gar nicht begangen war, oder

b) daß der Verurtheilte die That nicht begangen haben kann."

Genau genommen iſt auch dieſe Abtheilung wieder pleonaſtiſch. Der erſte Fall iſt im letzten mitenthalten. Denn auch dann „kann der Verurtheilte die That nicht begangen haben," wenn „das Verbrechen, wegen deſſen die Verurtheilung geſchah, gar nicht begangen war." Aber auch abgeſehen hievon iſt die Abtheilung fehlerhaft.

Aus den beiden angeführten Fällen ergibt ſich nämlich, daß Arnold unter dem Hauptfalle („daß der Verurtheilte unſchuldig iſt") lediglich die Fälle begriffen hat, in welchen die Schuld des Verurtheilten unmöglich iſt. Durch dieſe zu enge Begrenzung des erſten Hauptfalles wurde Arnold genöthiget, den dritten Hauptfall als einen beſonderen hinzuzufügen, — nämlich den Fall, wo zwar von einer Unmöglichkeit der Schuld nicht die Rede iſt, aber die Wirklichkeit derſelben in Anbetracht des neuerlichen Vorbringens des Angeklagten nicht ſo bewieſen erſcheint, daß darauf hin eine vernünftige Schuldigerklärung gebaut werden kann. Die Arnold'ſche Unterſcheidung der beiden Hauptfälle (a und c) beruht alſo auf dem Maaße oder Grade der Zerſtörungskraft, welche das neue Vorbringen gegen den Anſchuldigungsbeweis haben kann, und eben dieſer Unterſcheidungsgrund ſcheint uns hier nicht ſtatthaft zu ſein, weil darauf in der fraglichen Beziehung, wie wir bereits gezeigt haben, gar Nichts ankommt, ob vermöge des Novum der Schuldausſpruch als völlig gewiß unrichtig oder aber als wahrſcheinlich unrichtig erſcheine. In beiden Fällen müſſen wir die Reviſion ohne Unterſchied zulaſſen, in beiden Fällen ohne Unterſchied muß die Schuldigerklärung einer Nichtſchuldigerklärung Platz machen, und beide Fälle ſind nur Unterarten des Einen Falles, da der Thatbeſtand nach dem neuen

Vorbringen nicht mehr so erscheint, wie er in der fraglichen Thatfrageentscheidung festgestellt oder angenommen war.

Ein von dem Arnold'schen vollständig abweichendes Register stellt Schwarze[1]) auf. Nach ihm „kann ein durch Enderkenntniß verurtheilter Angeklagter, selbst nach vollzogener Strafe, Wiederaufnahme der Untersuchung verlangen, wenn

1) er darthut, daß Urkunden, welche gegen ihn vorgebracht wurden, falsch oder verfälscht, oder daß Sachverständige oder Zeugen, die zu seinem Nachtheile aussagten, wissentlich eine falsche Aussage erstattet haben;

2) wenn er darthut, daß Behufs seiner Benachtheiligung ein Mitglied des erkennenden Gerichts oder der Staatsanwalt, welcher bei der Hauptverhandlung thätig gewesen ist, oder ein Geschworner, welcher an dem Wahrspruche Theil genommen hat, oder der Vertheidiger bestochen gewesen ist; oder

3) wenn er neue Thatsachen oder neue Beweismittel vorbringt, welche allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen geeignet sind, entweder seine Freisprechung herbeizuführen oder seine That als nicht strafbar;

4) oder als eine nach einer anderen und gelinderen Strafbestimmung zu beurtheilende Handlung darzustellen, jedoch unter der Voraussetzung, daß der niedrigste Strafsatz in dem anzuwenden gewesenen Gesetze nicht höher ist, als die erkannte Strafe;

5) wenn zwei oder mehrere Personen wegen derselben That durch verschiedene Erkenntnisse verurtheilt worden sind und nach der Vergleichung derselben die Unschuld einer oder mehrerer dieser Personen anzunehmen ist[2])."

Vergleichen wir dieses Register mit dem unsrigen, so zeigt sich vor Allem, daß die beiden ersten Fälle bei Schwarze dieselben sind, die bei uns den zweiten und dritten Fall bilden. Wir haben es also nur mit den drei letzten Fällen zu thun.

Wie kommt es, daß Schwarze nach jenen beiden ersten Fällen noch drei weitere aufführt? Er findet selbst, daß dies zu viel sei.

---

1) a. a. O. S. 572.

2) Damit fast ganz gleichlautend ist der Art. 365 (Ziff. 1—4) des königl. sächs. Entwurfes.

In der Note bemerkt er, daß der 5. Fall „unter Nr. 3 und 4 mit gestellt werden könnte." Wir gehen aber noch weiter und behaupten, daß auch der 4. Fall unter Nr. 3 zu stellen gewesen wäre, was sich übrigens aus der Redaktion Schwarze's selbst ergibt, indem er jenen Fall nur als einen Unterfall des letzteren darstellt[1]).

Vergleichen wir nun aber den 3. und 4. Fall bei Schwarze mit unserem korrespondirenden 1. Falle, so ergibt sich freilich eine große Verschiedenheit. Worin liegt der Grund dieser Verschiedenheit? Er liegt darin, daß Schwarze auf den Begriff der Relevanz nicht genauer eingegangen ist. Wenn er sagt, die neuen Thatsachen oder Beweismittel müßten von der Art sein, daß sie „allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen geeignet seien, entweder die Freisprechung (des Gesuchstellers) herbeizuführen oder seine That als nicht strafbar oder als eine nach einer anderen und gelinderen Strafbestimmung zu beurtheilende Handlung darzustellen...," so möchten wir eben wissen, welche neue Thatsachen oder Beweismittel hiefür geeignet seien. Dem Richter, welcher ein Gesetz haben will, welches ihm sagt, welche nova er für relevant zu halten habe, ist offenbar nicht damit geholfen, wenn man ihm sagt: an den Wirkungen (Freisprechung oder gelindere Strafe) magst du sie erkennen! Denn ist einmal die Wirkung da, dann hat der Richter seine Aufgabe bereits erfüllt. Um hier der Anforderung des Richters zu genügen, muß der Gesetzgeber, wie wir es gethan haben, sich die Fragen stellen und beantworten, was die nothwendige Grundlage einer Thatfrageentscheidung im Allgemeinen und der anzufechtenden Thatfrageentscheidung im konkreten Falle sei. —

Schließlich glauben wir aber noch zur Rechtfertigung unseres Registers bemerken zu müssen, daß der zweite Fall keineswegs schon im ersten mitenthalten ist. Es kann zwar geschehen, daß auch in jenem Falle, wenn sich wirklich ein Beweismittel als falsch herausstellt, die Annahme des in der Thatfrageentscheidung enthaltenen Thatbestandes als eine irrige erscheint, wie in letzterem Falle. Allein zwischen beiden Fällen besteht der große Unterschied, daß das fragliche Resultat im ersten Falle ein nothwendiges, im zweiten dagegen kein nothwendiges ist. Im ersten Fall muß sich die Annahme des

1) In dem sächsischen Entwurfe Art. 365 bilden die oben unter 3 und 4 aufgeführten Fälle wirklich nur Einen Fall, nämlich den dritten.

fraglichen Thatbeſtandes als ungerechtfertigt darſtellen, wenn das Geſuch um Wiederaufnahme den gewünſchten Erfolg haben ſoll; im zweiten dagegen tritt dieſer Erfolg ein ſobald nur das oder die Beweismittel als falſch aufgezeigt ſind [1]).

§. 69.

b) Die einzelnen Gründe.

I. Mangel am Thatbeſtande.

Wenn der vollſtändige Beweis über den Geſammtthatbeſtand des konkreten Verbrechens zur Grundlage für den Ausſpruch der richterlichen Ueberzeugung über die Thatfrage nothwendig iſt, ſo kann wohl nicht in Abrede geſtellt werden, daß durch die Gerechtigkeit die Berückſichtigung einer Behauptung geboten ſei, gemäß welcher der Thatbeſtand des zur Laſt gelegten Verbrechens als entweder gänzlich oder theilweiſe nicht exiſtent oder auch nur zweifelhaft erſcheint.

Denn eine offenbare Ungerechtigkeit wäre es, einen Schuldausſpruch aufrecht zu erhalten, wenn der Thatbeſtand der Anſchuldigung erwieſenermaſſen nicht vorhanden wäre, und dieſer Ungerechtigkeit ſtünde es unſtreitig gleich, wenn die Juſtiz eine hierauf gerichtete Behauptung nicht zu Gehör und nicht zum Beweis gelangen laſſen würde. Der volle und der von allem vernünftigen Zweifel freie Thatbeſtand des zur Laſt gelegten Verbrechens iſt die unentbehrliche Vorausſetzung des Vollzuges aller Strafurtheile.

Der nicht vollſtändige Thatbeſtand ſteht dem gar nicht vorhandenen in Bezug auf die konkrete Thatfrageentſcheidung vollkommen gleich; dieſe erſcheint ebenſo ungerechtfertiget im erſteren wie im letzteren Falle. Es mag der in Bezug auf die vorliegende Thatfrage-

---

1) Eigenthümlich (gegen die vorangegangene Geſetzgebung einen bedeutenden Fortſchritt enthaltend) iſt die Aufſtellung des Zürcher Geſ. in §. 171. Sie enthält zwar ebenfalls 3 Fälle; allein unſer 2. und unſer 3. Fall bilden hier nur einen einzigen: „c. daß durch ein Verbrechen auf das Ergebniß des betreffenden Strafverfahrens eingewirkt worden iſt.“ Die beiden erſten Fälle des Zürcher Geſetzes (a) das Verbrechen wurde gar nicht oder von einem Anderen verübt und b) ſeit der Beurtheilung wurde ein Straferkenntniß ausgefällt, das mit der erſteren in unverträglichem Widerſpruche ſteht,) fallen, wie ſich zeigen wird, unter unſeren erſten Fall.

Entſcheidung unvollſtändige Thatbeſtand zur bejahenden Entſcheidung einer anderen Verbrechensthatfrage ganz geeignet ſein; zu der vorliegenden iſt er, inſoferne er unvollſtändig iſt, nicht geeignet.

Ebenſo muß dann aber auch der zweifelhafte Thatbeſtand dem nicht vorhandenen gleichgeachtet werden. Denn die zweifelhafte Schuld iſt juriſtiſch gar keine Schuld. Die Strafe heiſchende Schuld will bewieſen ſein, und wem ſie nicht bewieſen iſt (no evidence), der iſt nicht ſchuldig. Quisque bonus, donec probetur contrarium.

Wir können daher auch Arnold nicht beipflichten, indem derſelbe [1]) die Reviſion in den ſchwurgerichtlichen Fällen für unzuläßig erklärt, „wenn durch neue Beweiſe dargethan werden kann, daß durch die Beweismittel, auf deren Grund die Verurtheilung geſchah, die Verurtheilung nicht gerechtfertigt iſt," m. a. W. „wenn durch die neuen Beweiſe der Anſchuldigungsbeweis ſo geſchwächt wird, daß die Verurtheilung ſich nicht mehr rechtfertigt." Arnold führt als Grund hiefür an: „weil die Geſchwornen keine Entſcheidungsgründe geben, alſo nicht erkannt werden kann, ob ſie nicht dennoch verurtheilt haben würden, auch wenn ſie die neuen Beweismittel gekannt hätten [2])."

Freilich iſt nicht jeder Zweifel geeignet, den richterlichen Ausſpruch über die Thatfrage zu erſchüttern und umzuſtoßen. Apodiktiſche Gewißheit iſt uns überhaupt unerreichbar. Wir müſſen einen ſolchen Zweifel verlangen, wie ihn die Engländer für nöthig halten, damit die Geſchwornen ihr not guilty (oder die ſchottiſche jury ihr not proven) ausſprechen können, — und den ſie reasonable doubt nennen.

Es genügt daher jedenfalls auch ſchon die bloße Wahrſcheinlichkeit, daß der Thatbeſtand ein anderer ſei, als der in der Thatfrageentſcheidung angenommene. Wird aber ein ſolcher vernünftiger Zweifel, eine ſolche Wahrſcheinlichkeit aufgebracht, dann iſt das Fundament der Thatfrageentſcheidung zerſtört und muß dieſe zuſammenſtürzen.

Der Thatbeſtand einer Anſchuldigung kann nun aber auf folgende Weiſe angegriffen werden:

---

1) a. a. O. S. 66 und 67. —

2) Die Beurtheilung dieſer Anſicht ſ. unten §. 70.

1) es kann die Behauptung aufgestellt werden, daß das Verbrechen, dessen der Verurtheilte angeschuldigt wurde, nicht geschehen sei[1]),

oder

2) daß der Verurtheilte sich des ihm zur Last gelegten Verbrechens, dessen Existenz und angenommene Modalität nicht in Abrede gestellt werden, nicht schuldig gemacht habe[2]).

ad 1) Was die Behauptung betrifft, daß das Verbrechen, dessen der Verurtheilte angeschuldiget wurde, nicht geschehen sei, so mag hier vor Allem daran erinnert werden, daß deren nähere Motivirung weder in der Darstellung einer unrichtigen Subsumtion der Thatsachen unter den gesetzlichen Begriff des fraglichen Verbrechens, noch auch in der Darstellung einer unrichtigen Würdigung der in der Verhandlung zur Produktion gekommenen Beweise bestehen könne, indem jenes nur zur Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde dienen könnte, dieses aber nichts Anderes, als eine Appellation unter dem Namen unseres Rechtsmittels wäre, die wir unter der Voraussetzung des Prinzipes der freien Thatfrageentscheidung als überhaupt unstatthaft erkannt haben[3]).

Dagegen kann nun aber obige Behauptung des Näheren wieder einen doppelten Inhalt haben; sie kann nämlich gerichtet sein

a) darauf, daß überhaupt gar kein Verbrechen oder
b) daß das fragliche Verbrechen nicht geschehen sei.

In dem einen, wie in dem anderen Falle kann sowohl der subjektive als der objektive Thatbestand angegriffen werden.

---

1) Arnold a. a. O. S. 65 formulirt diesen Fall so: „daß das Verbrechen, wegen dessen die Verurtheilung geschah, gar nicht begangen war." Aus den von ihm hiezu angeführten Beispielen ergibt sich aber, daß er dies, wie wir sogleich sehen werden, zu eng nimmt.

2) Auch in dieser Beziehung wird, wie schon Schwarze a. a. O. S. 563 bemerkt, das Rechtsmittel von Arnold in zu enge Grenzen verwiesen, indem er es in den schwurgerichtlichen Fällen nur dann zulassen will, wenn der Verurtheilte zu beweisen vermag, daß er die That nicht begangen haben könne. Es ist unbillig, vom Verurtheilten diesen Beweis der Unmöglichkeit zu fordern; wir müssen uns nicht nur begnügen, wenn er beweist, daß er das Verbrechen wirklich nicht begangen habe, sondern auch dann, wenn er auch nur (durch ein novum) wahrscheinlich macht, daß er es nicht begangen.

3) Vgl. darüber die §§. 30 ff. der ersten Abth.

Denn ad a) wenn behauptet wird, es sei überhaupt gar kein Verbrechen geschehen, so sind hier wieder 4 Fälle denkbar:

α) es kann nämlich behauptet werden, daß der objektive Thatbestand (im engsten Sinne des Wortes) oder das Aeußere, (wir wollen es hier Ereigniß nennen), welches in der Anschuldigung als die That eines Menschen aufgefaßt wurde, in Wirklichkeit gar nicht existent sei und niemals oder doch nicht zur Zeit, als das anzufechtende Urtheil gefällt wurde, existirt habe, z. B. die Tödtung eines, wie sich später herausstellte, noch lebenden oder doch zur Zeit der Urtheilsfällung noch nicht gestorbenen Menschen, oder die Fälschung einer, wie sich später ergab, ächten, nicht verfälschten Urkunde;

β) es kann bei Zugestehung der äußerlichen Thatsache die (auf neue Thatsachen oder Beweismittel gestützte) Behauptung vorgebracht werden, daß jene Thatsache gar nicht durch die Thätigkeit eines Menschen hervorgebracht worden sei, z. B. im Fonkischen Prozeß, wo es durch Gutachten von Sachverständigen sehr wahrscheinlich gemacht wurde, daß Köhnen seine Kopfverletzungen durch den Fall auf die scharfen Kanten von Eisstücken im Rhein erhalten habe und in diesem dann ertrunken sei;

γ) es kann sowohl die äußere Thatsache, als auch die Hervorbringung derselben durch die Thätigkeit eines Menschen zugestanden, zugleich aber behauptet werden, daß es an aller und jeder Vermittelung zwischen dem Geschehenen und dem Willen der thätigen Person fehle, daß ihr dasselbe also gar nicht, weder zum dolus noch zur culpa zugerechnet werden könne, es sei nun, daß es entweder an der Zurechnungsfähigkeit fehle oder die Zurechnung aus irgend einem anderen Grunde ausgeschlossen sei z. B. wegen Irrthums (der Verurtheilte bringt neue Zeugen auf, welche eine Thatsache bestättigen, aus welcher wahrscheinlich wird, daß derselbe den Arsenik für Zucker hielt), oder wegen äußerer Gewalt oder äußeren Zwanges (vis absoluta), wodurch der Verurtheilte gleichsam zum unselbständigen Werkzeuge eines Anderen herabgesetzt wurde, oder endlich wegen Zufalls (in den Folgen) z. B. der Getödtete rannte in das Messer des Verurtheilten.

Da zum Begriffe der Handlung (nach dem genaueren kriminalistischen Sprachgebrauche) die Vermittelung zwischen der äußeren That

und dem Willen des Thäters gehört, und da der Begriff der Handlung das erſte Merkmal des Begriffes Verbrechen iſt, ſo iſt in allen den unter lit. γ angeführten Fällen die Behauptung darauf gerichtet, daß überhaupt gar kein Verbrechen vorhanden ſei. Daß dem ebenſo in dem unter lit. α und β angeführten Fällen ſei, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung.

Da nun aber zum Begriffe des Verbrechens auch noch das gehört, daß die Handlung (im eigentlichen Sinne des Wortes) ein Bruch des Rechts als ſolchen ſei, ſo leuchtet ein, daß

δ) hieher auch der Fall zu zählen ſei, wo die Behauptung darauf geht, daß der Verurtheilte bei ſeiner Handlung, wodurch eine Perſon beſchädiget wurde, in ſeinem Rechte geweſen ſei z. B. Nothwehr, Nothſtand ꝛc.

Wenn nun aber

ad b) Die Behauptung darauf gerichtet iſt, daß zwar der Verurtheilte ein Verbrechen begangen habe, aber nicht dasjenige, welches in der Thatfrageentſcheidung angenommen wurde, ſo kann auch dadurch wieder ebenſowohl der objektive, wie der ſubjektive Thatbeſtand berührt werden; jenes z. B. wenn ſich aus dem neuen Faktum oder Beweismittel ergeben ſoll, daß das Verbrechen nicht Raub, ſondern Diebſtahl ſei, — dieſes, wenn ſich im Falle der Verurtheilung Mehrerer wegen eines im Komplotte verübten Mordes ergeben ſoll, daß Einer der Verurtheilten zwar ein Komplott zur Begehung eines Diebſtahles, nicht aber eines Mordes eingegangen habe.

§. 70.

Fortſetzung.

ad 2) Nach den sub Nro. 1 aufgeführten Fällen des Angriffes auf den in der Thatfrageentſcheidung angenommenen Thatbeſtand übriget nur noch ein Fall, welcher ſich lediglich auf den ſubjektiven Thatbeſtand bezieht, nämlich der Fall, wo weder die Exiſtenz eines Verbrechens, noch auch die angenommene Modalität deſſelben, — dagegen aber der Ausſpruch angegriffen wird, daß der Verurtheilte der Schuldige ſei.

Nach dem, was wir bereits oben bemerkt haben, kann hier nicht mehr die Frage entſtehen, ob dieſer Angriff nur auf die Behauptung

der Unmöglichkeit, daß der Angeklagte schuldig sei, gegründet werden könne oder auch auf andere Behauptungen, welche der fraglichen Thatfrageentscheidung entgegenstehen.

Es unterliegt hienach keinem Zweifel, daß das Rechtsmittel der Revision nicht bloß dann zulässig ist, wenn der Verurtheilte sein alibi zu beweisen vermag, sondern auch dann, wenn er z. B. nachweisen kann, daß nicht er, sondern ein Anderer das Verbrechen verübt habe, wiewohl von einer Unmöglichkeit seiner Thäterschaft nicht die Rede sein könnte. Oder setzen wir ein anderes Beispiel: Man fand einen unverheiratheten Mann tödlich verwundet in seiner Wohnung, der bereits Sprache und Besinnung verloren hatte, als der Untersuchungsrichter zur Stelle kam, und der auch kurze Zeit nachher starb. Sein Bedienter wurde der That verdächtig und durch Urtheil für schuldig erklärt, glücklicherweise aber nicht zum Tode, sondern nur zu Zuchthaus verurtheilt. Nun erscheint 3 Wochen nach dem Urtheile eine bisher noch nicht vernommene, aber vollkommen glaubwürdige Person bei Gericht, welche eidlich aussagt, daß sie, in demselben Hause mit dem Ermordeten wohnend, diesen um Hilfe rufen gehört habe, sodann zu ihm geeilt sei und ihn schwer verwundet gefunden habe. Sie habe ihn gefragt, wer der Thäter sei und ob vielleicht sein Diener die That verübt habe, worauf sie die Antwort erhalten, der Thäter sei eine ihm unbekannte Person gewesen. Hierauf habe der Verwundete kein Lebenszeichen mehr von sich gegeben; sie habe ihn daher für todt gehalten und sei wieder in ihr Zimmer geeilt. —

Ist diese Zeugenaussage nicht geeignet, um darauf ein Gesuch um Wiederaufnahme zu gründen?

Hieher gehört namentlich auch der im Art. 443 C. J.[1]) enthaltene Revisionsfall.

Es genügt zur Zulässigkeit der Revision überall, wenn, um mit Arnold[2]) zu sprechen, „der Anschuldigungsbeweis (hier bezüglich der Thäterschaft) so geschwächt wird, daß die Verurtheilung sich nicht mehr rechtfertiget," m. a. W. wenn die Unrichtigkeit der Thatfrageentscheidung wahrscheinlich gemacht werden kann.

---

1) Im bayer. Ges. v. 10. Nov. 1848 Art. 264 Nr. 1; im k. sächs. Entwurf Art. 365 Nr. 4 (gut redigirt). — Vgl. auch das Zürcher Gesetz §. 171 lit. b. —

2) a. a. O. S. 67.

Arnold glaubt nun aber, wie ſchon bemerkt, in den ſchwurgerichtlichen Fällen das Rechtsmittel ausſchließen zu müſſen, wenn der Antragſteller nicht die Unmöglichkeit ſeiner Schuld zu beweiſen im Stande iſt. Er macht hievon nur eine Ausnahme, nämlich die, „wo zwei Verurtheilungen vorliegen, von denen die eine ungerecht ſein muß."

Als Grund jener Ausſchließung gibt er an: „weil die Geſchwornen keine Entſcheidungsgründe geben, alſo nicht erkannt werden kann, ob ſie nicht dennoch verurtheilt haben würden, auch wenn ſie die neuen Beweismittel gekannt hätten" und bemerkt hiezu in der Note: „Es iſt dies eine Schattenſeite des Inſtituts der Geſchwornengerichte, allein wenn man auch hier die Wiederaufnahme zulaſſen wollte, ſo geſchähe dies auf Gerathewohl d. h. auf die Gefahr hin, daß die Geſchwornen doch wieder verurtheilen."

Wir wollen hier [1]) die Frage unerörtert laſſen, ob de lege ferenda das Inſtitut der Entſcheidungsgründe nicht auch mit dem Inſtitute der jury zu verbinden wäre, in welchem Falle dann die fragliche „Schattenſeite" nicht mehr Anſtoß erregen könnte. Allein auch abgeſehen hievon, und wenn wir uns auf den Standpunkt des poſitiven Rechts ſtellen, wonach die Geſchwornen keine Entſcheidungsgründe abzugeben haben, ſo können wir jene Ausſchließung und den dafür angegebenen Grund als ſolchen nicht gelten laſſen [2]).

Es iſt allerdings richtig, daß „nicht erkannt werden kann, ob die Geſchwornen nicht dennoch verurtheilt haben würden, auch wenn ſie die neuen Beweismittel gekannt hätten," — aber ebenſo richtig iſt es, daß man nicht weiß, ob ſie unter dieſer Vorausſetzung nicht ein not guilty ausgeſprochen haben würden, und eben weil man dies nicht weiß, eben darum muß man hier die Wiederaufnahme zulaſſen, — man muß den begründeten Zweifel, der hier obwaltet, zum Vortheile, man darf ihn nicht zum Nachtheile des Angeklagten wirken laſſen. „Aber kann man denn die Wiederaufnahme auf Gerathewohl zulaſſen d. h. auf die Gefahr hin, daß die Geſchwornen doch wieder verurtheilen?" Dieſem Einwande Arnold's ſtellen wir die Frage entgegen: Welche Wiederaufnahme geſchieht nicht auf die Gefahr hin,

1) S. unten §. 72.

2) Vgl. auch Schwarze a. a. O. S. 563 ff.

daß die Richter doch wieder verurtheilen? Und worin beſteht denn das Gefährliche, worin der Schaden, wenn die Richter wieder verurtheilen? Will man dieſe Gefahr, dieſen Schaden ferne halten, dann darf man gar keine Wiederaufnahme geſtatten, dann hören überhaupt alle Rechtsmittel auf.

Wird aber ein Unſchuldiger in Folge der Berückſichtigung jenes Zweifels (auf dem Wege der Reviſion) freigeſprochen, ſo überwiegt dieſer Vortheil bei Weitem den Nachtheil, welcher mit erfolgloſen Reviſionen verbunden iſt, und welcher am Ende doch nur darin beſteht, daß hie und da ein Schuldiger, der kein Vermögen beſitzt, dem Staate etwas mehr Prozeßkoſten verurſacht, als dies gewöhnlich der Fall iſt. Wir ſagen: hie und da, – denn für's Erſte wird nicht jedes Reviſionsgeſuch, ſondern nur ein gehörig motivirtes zugelaſſen [1]), — und wenn dies genau beobachtet wird, ſo werden für's Zweite nicht ſo gar viele Reviſionsgeſuche einlaufen. Indem wir uns lieber für jene geringe Staatsausgabe, als für die Vorenthaltung der Freiſprechung eines Unſchuldigen entſcheiden, gehen wir ja nicht einmal ſoweit, wie jenes römiſche Satius est, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare [2]).

Bezüglich des Grundes, aus welchem der fragliche Zweifel zum Vortheile des Angeklagten (d. h. für die Zulaſſung der Reviſion in den ſchwurgerichtlichen Fällen) wirken muß, verweiſen wir auf den folgenden Paragraphen, in welchem dieſelbe Frage wiederkehrt.

§. 71.

II. Falſches Beweismittel.

Wenn die Anſchuldigung, auf die ein Strafurtheil gebaut werden ſoll, bewieſen ſein muß, ſo wäre es eine offenbare Ungerechtigkeit, das Strafurtheil aufrecht zu erhalten, wenn nachgewieſen iſt, daß der Beweis auf Beweismitteln beruhe, denen die nothwendige Eigenſchaft der Wahrhaftigkeit fehlt.

Es gehört allerdings zu einem vollkommenen Beweiſe noch mehr als die Wahrhaftigkeit ſeiner Beweismittel; es gehört dazu

1) Schwarze S. 564 ſchlägt vor, „einem Obergerichte eine Kognition darüber einzuräumen, ob nach den Voruntersuchungsakten und dem Gange der Hauptverhandlung anzunehmen ſei, daß, dafern die neuen Thatſachen ꝛc. bereits damals mit vorgelegen hätten, eine Verurtheilung erfolgt ſein würde."

2) L. 5. pr. D. de poenis.

namentlich auch die Stringenz, mit Einem Worte: die vollkommene Beweistüchtigkeit der Beweismittel.

Wenn nun auch richtig iſt, daß ein Strafurtheil auf einen vollkommenen Beweis gegründet werden ſolle, mithin die vollkommene Beweistüchtigkeit der Beweismittel verlangt werden muß, ſo kann doch eine Urtheilsanfechtung, deren Zweck auf die Aenderung der Thatfrageentſcheidung gerichtet iſt, unter der Vorausſetzung des Princips der freien Thatfrageentſcheidung niemals auf einen anderen Mangel der producirten Beweismittel geſtützt werden, als den an der Wahrhaftigkeit derſelben [1]) Es kann uns nicht in den Sinn kommen, zu leugnen, daß der Beweis (das Beweiſende) auch andere Mängel z. B. den der Unvollſtändigkeit oder den der Nichtſtringenz an ſich tragen könne. Allein ſolche Mängel können unter der gedachten Vorausſetzung nicht zur Subſtanziirung unſeres Rechtsmittels dienen; denn die Anzeige derſelben enthielte gar keine neue faktiſche Behauptung. Sie könnte, wenn man ihr überhaupt eine Wirkung beilegen wollte, nur die haben, daß derſelbe Beweis (dasſelbe Beweismaterial) einer wiederholten Würdigung unterworfen und nach dem Ergebniſſe dieſer Würdigung ein Urtheil gefällt würde. Hienach wäre aber offenbar die Geſtattung einer ſolchen Urtheilsanfechtung nichts Anderes, als eine Einführung der Appellation.

Dasſelbe gilt aber nicht von der Anzeige, daß hinſichtlich eines oder mehrerer Beweismittel eine Fälſchung vorgekommen ſei. Eine ſolche Behauptung enthält unläugbar ein ſelbſtſtändiges Novum im ſtrengſten Sinne des Wortes, deſſen Würdigung eine ganz ſelbſtſtändige, mit einer wiederholten Würdigung des (ganzen oder theilweiſen) früheren Beweiſes keineswegs zuſammenfallende iſt. Durch ſie wird das frühere Beweismaterial unzweifelhaft verändert. Eine Urtheilsanfechtung auf Grund ſolcher Behauptung iſt daher etwas ganz Anderes, als Appellation.

Woraus ſoll nun aber hier entnommen werden, ob das gefälſchte Beweismittel auf die konkrete Thatfrageentſcheidung einen Einfluß gehabt habe d. h. ob das novum relevant ſei.

---

1) Indirekt kann die Reviſion freilich auch auf andere Mängel, namentlich auf den an der Ueberzeugungskraft, geſtützt ſein, — wenn nämlich neue Beweismittel vorgebracht werden, wodurch die Beweiskraft der älteren verliert oder auch ganz zerſtört wird.

Bei den im Vorigen (sub Nro. I.) abgehandelten Nova bot die Frage der Relevanz keinerlei Schwierigkeit. Es war leicht einzusehen, daß die Thatfrageentscheidung fallen müsse, wenn eine der in ihr enthaltenen wesentlichen faktischen Annahmen durch ein Novum als unrichtig aufgezeigt würde. Aus der vorliegenden Entscheidung selbst wird die Beantwortung der Frage, ob ein solches Novum relevant sei, geschöpft [1]).

Ebenso leicht wäre nun die Beantwortung der Frage, ob ein Novum von der hier in Rede stehenden Art relevant sei, wenn Entscheidungsgründe vorlägen. Aus ihnen ginge klar hervor, *ob das Beweismittel, welches als fälschlich bezeichnet wird, auf die Entscheidung der Thatfrage einen Einfluß gehabt habe* oder nicht. Letzteren Falles müßte dann natürlich die Behauptung, daß das fragliche Beweismittel ein fälschliches sei, für irrelevant erklärt werden, und eine darauf gestützte Urtheilsanfechtung könnte unmöglich einen Erfolg haben. Das hier in Rede stehende Novum wäre dann nur in dem Falle relevant, wenn aus den Entscheidungsgründen hervorgienge, daß das fragliche Beweismittel auf die Entscheidung einen Einfluß gehabt habe, oder nach der allgemeinen Regel, daß jeder Zweifel dem Angeklagten zum Nutzen gereichen müsse, wenn dies wenigstens wahrscheinlich erschiene.

Insoferne es sich also um das Rechtsmittel der Revision handelt, und zwar in der hier fraglichen Beziehung, tragen wir kein Bedenken, dem Institute der Entscheidungsgründe (für die Thatfrage) einen Werth beizulegen. Sie haben für dieses Rechtsmittel die praktische Bedeutung, daß aus ihnen entnommen werden kann, ob das fragliche Beweismittel auf die Entscheidung der That- oder Beweisfrage einen Einfluß habe oder — was dasselbe ist — ob es relevant sei. Aus diesem Grunde wollen wir auch mit Denjenigen nicht streiten, welche von den Richtern nicht bloß für die Entscheidung der Rechtsfragen, sondern auch für die Entscheidung der Thatfrage Gründe verlangen, obwohl wir bei der Ansicht verbleiben müssen,

---

1) Schwierig war dort die Frage der Relevanz nur in dem Falle, wenn in einer Schwurgerichtssache (wo dem Urtheile — verdict — keine Gründe beigegeben werden) durch das novum der Anschuldigungsbeweis so weit entkräftet wird, daß die Unrichtigkeit der Thatfrageentscheidung wahrscheinlich ist.

daß dieſe Gründe immer mangelhaft ſind, wenn die Entſcheidung nicht nach bindenden Beweisregeln, ſondern nach der freien Ueberzeugung des Richters erfolgte, indem gerade der Hauptentſcheidungsgrund, nämlich warum der Richter ſich durch die produzirten Beweismittel zu der fraglichen Entſcheidung beſtimmen ließ, unter der gedachten Vorausſetzung ſich nicht angeben läßt.

Geben wir alſo — freilich nur aus dem von uns angeführten, nicht aus den gewöhnlich vorgebrachten Gründen[1]) — die Nützlichkeit der Entſcheidungsgründe (für die Thatfrage) zu, ſo ſtellen wir dagegen an die Vertheidiger dieſes Inſtitutes mit dem Rechte der Conſequenz die Forderung, daß ſie, dem Vorſchlage Dernburgs und Bieners beipflichtend, auch von den Geſchwornen ſolche Entſcheidungsgründe verlangen. Denn es iſt nicht einzuſehen, warum die Geſchwornen nicht auch ſolche Entſcheidungsgründe abzugeben vermöchten, wie die rechtsgelehrten Richterbeamten, und warum dieſe Einrichtung in den ſchwurgerichtlichen Fällen weniger nützlich ſein ſollte, als in den bezirksgerichtlichen. Derſelbe Grund, wie hier, ſpricht auch dort für ſie[2])

---

1) Von den gewöhnlich vorgebrachten Gründen vermögen wir nur dem Einen wahren, wenn auch nicht unbedingten, ſondern nur relativen Werth beizulegen, daß es nämlich für einen gewiſſenhaften Richter eine Art von Bedürfniß ſei, ſeine Entſcheidung zu motiviren, ſoweit dies eben möglich iſt. Viel wirkſamer, als die Verpflichtung zur Angabe von Entſcheidungsgründen, iſt für den Zweck, die Richter zu genauer Prüfung der Beweiſe zu nöthigen, die Verpflichtung zur Abſtimmung über jedes einzelne Beweismittel. S. Mittermaier im Arch. 1854 S. 149.

2) Mittermaier im Arch. 1854 S. 134 ſpricht ſich wiederholt gegen dieſen Vorſchlag aus und verweiſt in dieſer Beziehung auf ſeine Bemerkungen im Magazin für hannoveriſches Recht II. Bd. S. 90. Vergleicht man aber dieſe Bemerkungen mit den Gründen, die er zuletzt im Archiv a. a. O. für das Inſtitut der Entſcheidungsgründe vorbringt, ſo erſcheint dieſe Argumentation als eine direkte Wiederlegung jener Bemerkungen, indem auf dieſe letzteren faſt alles dasjenige genau paßt, was er nun neuerlich im Archiv für die Entſcheidungsgründe vorbringt. Ueber den in Rede ſtehenden Vorſchlag ſelbſt bemerkt Mittermaier im Archiv bloß: „Wir halten dies zwar für unausführbar; allein wir legen deſto mehr Werth auf das Daſein anderer Garantieen, welche bei den Geſchwornen das Vertrauen zur Gerechtigkeit ihres Wahrſpruches verbürgen.“ Warum ſoll der Vorſchlag unausführbar ſein, und worin beſtehen dieſe Garantieen? — Endlich möchte hier die Bemerkung nicht überflüſſig ſein, daß wenn auch jene Entſcheidungsgründe den Urtheilen bei-

Andererseits können wir aber nicht so weit gehen, daß wir dieses Institut aus dem mehr erwähnten Grunde (um von den anderen Gründen ganz zu schweigen) für unumgänglich nothwendig erklären. Denn wo die Richter nicht verpflichtet sind, anzugeben, durch welche Beweismittel sie sich zu der konkreten Entscheidung der Thatfrage bestimmen ließen, da nimmt die Frage der Relevanz der einzelnen Beweismittel eine ganz andere Stellung ein, als bei den gegentheiligen Gesetzgebungen. Es muß nämlich allerdings zugestanden werden, daß die Frage, ob dieses oder jenes Beweismittel auf die Entscheidung der Thatfrage einen Einfluß gehabt habe, bei dem Mangel von solchen Entscheidungsgründen geradezu unbeantwortbar ist. Allein es fragt sich vorerst noch, ob diese Frage hier (unter der gedachten Voraussetzung) eine durchaus unabweisliche sei oder nicht, und wir glauben uns unbedenklich für das Letztere entscheiden zu dürfen.

Denn, eben weil man nicht weiß, ob dieses oder jenes einzelne Beweismittel auf die Entscheidung einen Einfluß gehabt habe, somit der Zustand des Zweifels bezüglich dieser Frage besteht und und zwar gemäß gesetzlicher Einrichtung und Sanktion besteht, — so muß, weil aller Zweifel solcher Art dem Angeklagten zum Nutzen ausschlagen soll, angenommen werden, daß jedes zur Produktion gekommene und nicht schon in der früheren Verhandlung selbst als fälschlich verworfene Beweismittel auf die Entscheidung Einfluß geübt habe[1]). In einer Gesetzgebung der bezeichneten Art stehen die sämmtlichen Beweismittel unter- und zu einander in einem Verhältnisse der Solidarität: Eines für Alle; Alle für Eines. Mit dem einen Beweismittel fällt der ganze Beweis; denn man weiß hier ex principio nicht, ob nicht gerade das fragliche Beweismittel das einflußreichste gewesen sei; — und eben deßhalb,

gegeben werden, daraus doch nicht folge, daß nun auch dann, wenn keine nova vorhanden sind, eine Anfechtung der Thatfrageentscheidung (Appellation) zuläßig sei. Denn wenn nun auch der Oberrichter weiß (?), durch welche Beweismittel der Unterrichter sich zu der anzufechtenden Entscheidung bestimmen ließ, und er auch vielleicht diese Entscheidung mit Rücksicht auf die fraglichen Beweismittel nicht billigt, so hat seine abweichende Ansicht doch keinen in der Natur der Sache selbst liegenden Vorzug vor der des Unterrichters. S. I. Abth. §. 30 und 31. —

1) Vgl. hiemit das oben §. 70 Bemerkte.

weil es in einem solchen Prozeßrechte Prinzip ist, daß unbekannt bleibe, ob und welchen Einfluß das einzelne Beweismittel auf die Entscheidung gehabt habe, — kann nun auch nicht mehr im konkreten Falle die Frage zugelassen werden, ob dieses oder jenes Beweismittel Einfluß gehabt habe. Diese Frage ist bereits für alle Fälle vom Gesetzgeber im Voraus entschieden worden, und sie ist bejahend entschieden worden; sie ist sogar dahin entschieden worden, daß das fragliche Beweismittel, wie jedes andere, das einflußreichste gewesen sei.

Es bedarf also nur des Nachweises der Fälschlichkeit eines einzigen Beweismittels, um das Urtheil umzustürzen [1]).

Dies gilt jedoch nur von dem Falle der Fälschlichkeit eines Anschuldigungsbeweismittels, nicht ebenso im Falle der Fälschlichkeit eines Entschuldigungsbeweismittels. Denn wenn auch ein Entschuldigungsbeweismittel falsch ist, so können doch noch immer andere nicht falsche Entschuldigungsbeweismittel vorhanden sein, welche nach dem aus dem Zweifel hervorgehenden Grundsatze der Solidarität den Entschuldigungsbeweis in seiner vollen Kraft aufrecht erhalten. Es kann zwar durch den Nachweis der Fälschlichkeit eines Entschuldigungsbeweismittels die Entschuldigungsthatsache z. B. die Nothwehr zweifelhaft werden, — aber eben deßhalb, weil und solange der Zweifel besteht, muß der Entschuldigungsbeweis seine volle Kraft behalten nach dem Satze: in dubio pro reo.

Der Entschuldigungsbeweis kann nur dadurch vernichtet werden, daß der Nachweis der Fälschlichkeit sämmtlicher Entschuldigungs-

---

1) Hiemit stimmt auch Arnold a. a. O. S. 66 überein, nur mit dem unwesentlichen Unterschiede, daß er von der Fälschlichkeit „eines Theiles der Beweismittel" spricht. Er läßt hier ebenso, wie wir, den aus dem Mangel an Entscheidungsgründen entspringenden Zweifel (in den schwurgerichtlichen Fällen) zum Vortheile des Angeklagten wirken, — wobei man sich nur wundern muß, wie er in dem von uns oben §. 70 besprochenen Falle — bei ganz gleichem Grunde die entgegengesetzte Entscheidung treffen konnte. — Mit unserer Ansicht stimmt auch der k. sächs. Entwurf Art. 365 Nr. 1 überein, indem es daselbst heißt: „wenn er darzuthun vermag, daß Urkunden ....., und das Erkenntniß zu seinem Nachtheile ganz oder theilweise auf jene Urkunden oder diese Aussagen gestützt worden ist." — Vergl. auch das Zürcher Gesetz §. 171. lit. c.

beweismittel geliefert wird[1]). — Aber selbst dies würde zur Vernichtung des freisprechenden Urtheils und zur Ausfällung eines Strafurtheils noch nicht hinreichen, indem aus der Nichtexistenz einer Entschuldigungsthatsache noch immer nicht die bewiesene Wahrheit der Anschuldigungsthatsachen folgt, und diese bewiesene Wahrheit zur Fällung eines Strafurtheiles unentbehrlich ist.

§. 72.

III. Bestochener Richter.

Die Integrität des richterlichen Gewissens ist ein Grundpfeiler der Rechtspflege; der parteiische Richter ist eidbrüchig, und Meineid kann nicht auf dem Richterstuhle sitzen. Das Urtheil des bestochenen[2]) Richters darf also nicht Geltung behalten; es muß, sobald die Bestechung bewiesen ist, vernichtet werden, und die Gesetzgebung hat die Mittel zu beschaffen, wodurch im Falle der Bestechung die Folge der Vernichtung herbeigeführt werden kann.

---

1) So dürfte auch die Bestimmung des k. sächs. Entw. Art. 364 Ziffer 1 auszulegen sein: „wenn nach erfolgter Einstellung des Strafverfahrens oder nach erfolgter Straf- oder Klagfreisprechung des Angeklagten sich ergiebt, daß die eine oder andere durch falsches Zeugniß, Fälschung, Bestechung oder eine sonstige strafbare Handlung des Angeklagten oder einer dritten Person herbeigeführt worden ist." Denn es heißt hier nicht, wie im Art. 365, wenn das Erkenntniß ganz oder theilweise auf jene Urkunden ꝛc. gestützt worden ist. Die Freisprechung muß also durch das falsche Zeugniß ... allein herbeigeführt worden sein; dies muß der Staatsanwalt nachweisen, und diesem Nachweise dürfen nicht etwa noch andere unverfälschte Beweismittel entgegenstehen.

2) Die Parteilichkeit kann allerdings auch einen anderen Grund haben, als die Bestechung, z. B. in einem verwandschaftlichen Verhältnisse des Richters zum Beschädigten oder Getödteten ꝛc. Allein theils ist schon von vorneherein für die Ausschließung solcher Personen vom Gerichte durch das Gesetz vorgesorgt (Perhorrescenz), theils ist es unmöglich, solche andere Gründe zu berücksichtigen. Ganz richtig bemerkt hierüber Schwarze a. a. O. S. 572: „In Betreff solcher Pflichtverletzungen muß man sich auf den Fall der Bestechung beschränken. Sie ist eine bestimmte und beweisbare Thatsache. Der bloße Vorwurf der Parteilichkeit, der Rachsucht oder sonst eines pflichtwidrigen Verhaltens kann nicht hinreichen. Dieser Vorwurf würde zuletzt von jedem Verurtheilten erhoben und zu seinem Beweise nur auf das Verfahren selbst Bezug genommen werden." Ebenso lauten die Motive zu Art. 364 ff. des Entwurfes einer St.-P.-O. für das K. Sachsen (1853) S. 308.

Dies gilt gleichmäßig von allen einzelnen Beſtandtheilen des Urtheils, mithin auch von der Entſcheidung der That- oder Beweis-Frage. Jene Mittel aber werden verſchieden ſein müſſen nach der verſchiedenen Natur der Urtheilsbeſtandtheile, — auf welche Verſchiedenheit überall in der Lehre von den Rechtsmitteln Rückſicht zu nehmen iſt.

Was nämlich vorerſt die ſpecifiſch juriſtiſchen Beſtandtheile betrifft d. h. die Entſcheidungen der rein juriſtiſchen Fragen, ſo glauben wir behaupten zu dürfen, daß es in unſerem Falle, d. h. im Falle der Beſtechung des Richters, wie überhaupt zur Anfechtung ſolcher Entſcheidungen, keines anderen Rechtsmittels bedürfe, als der Richtigkeitsbeſchwerde, und daß die Beſtechung des Richters bei dieſen Entſcheidungen, inſoferne es ſich um deren Anfechtung handelt, etwas ganz Gleichgiltiges, Irrelevantes ſei.

Es iſt allerdings richtig und wir haben dies auch ſchon oben [1]) bemerkt, daß in der Beſtechung eines oder mehrerer Richter und zwar ohne Unterſchied zwiſchen Geſchwornen und rechtsgelehrten Richterbeamten die Verletzung einer weſentlichen Prozeßnorm liege [2]).

Allein von den prozeſſualiſchen Vorſchriften abgeſehen kann es ſich bei der Frage, ob jene Entſcheidungen anfechtbar ſind oder nicht, nie um etwas Anderes, als darum handeln, ob ſie im Einklang mit den betreffenden juriſtiſchen Normen ſtehen oder nicht, — insbeſondere alſo auch nicht darum, auf welche Art und Weiſe die fragliche Entſcheidung zu Stande gekommen ſei, ob dabei unlautere Motive mitgewirkt haben u. ſ. w.

Die Frage aber, worauf es hier allein ankommt, ob nämlich die Entſcheidung mit den betreffenden juriſtiſchen Normen in Einklang ſtehe, iſt lediglich nach dieſen Normen ſelbſt zu beantworten [3]). Der Beſchwerdeführer braucht lediglich zu zeigen, daß dieſer Einklang nicht beſtehe; alles Uebrige iſt irrelevant. Die Vernichtung erfolgt, ſobald der fragliche Wiederſpruch erkannt iſt.

---

1) §. 68.

2) Schwarze a. a. O. S. 571: „Hat auch nur einer der Richter ſeine Pflicht gegen ihn (den Angeſchuldigten) verletzt, ſo kann dieſer Richter nicht mitgezählt werden, es hat über ihn ein unvollſtändiges Richterkollegium geurtheilt und hienach würde wenigſtens eine Nichtigkeitsbeſchwerde begründet ſein.."

3) S. oben §. 44—45.

Anders iſt dies bei der Entſcheidung der That- oder Beweisfrage[1]). Hier iſt es unumgänglich nothwendig, daß die Beſtechung des Richters als beſonderer, ſelbſtſtändiger Grund zur Urtheilsanfechtung anerkannt werde, wenn die Entſcheidung der Thatfrage nach der freien Ueberzeugung und nicht nach bindenden Beweisvorſchriften zu geſchehen hat. Denn eben weil hier der Geſetzgeber dieſe Entſcheidung der Ueberzeugung und dem Gewiſſen der Richter überlaſſen und anvertraut hat, iſt die Moralität des Richters für die Giltigkeit der Entſcheidung etwas Weſentliches. Das Innere des Richters vertritt hier die Stelle des Geſetzes, ſeine Reflexion und ſein Gewiſſen müſſen eben ſo rein und unbefleckt ſein, wie dieſes; ſie ſind das medium, durch welches die Beweisverhandlungen hindurchgehen müſſen, um zu ihrer Beſtimmung, d. i. zur Entſcheidung der Thatfrage zu gelangen; ſind jene unrein („mein"), ſo iſt dieſe auch eine unlautere.

Da nun aber dieſe Unlauterkeit nur aus der beſtimmten Thatſache der Beſtechung, nicht wie bei den juriſtiſchen Entſcheidungen aus einer Vergleichung dieſer mit den betreffenden geſetzlichen Beſtimmungen, erkannt werden kann, ſo muß dieſe Thatſache ſelbſt, wie ſchon bemerkt, als beſonderer ſelbſtſtändiger Grund zur Anfechtung des Urtheils anerkannt werden, — und das Anfechtungs- oder Rechtsmittel, welches hiezu vorzugsweiſe geeignet iſt, iſt die Reviſion.

Die Nichtigkeitsbeſchwerde iſt zwar auch hier, wie bei jeder Beſtechung des Gerichts, keineswegs auszuſchließen; aber dieſes Rechtsmittel genügt hier nicht nur nicht aus dem ſchon oben angeführten äußeren Grunde (die Friſten), ſondern es entſpricht auch der Natur der anzufechtenden Entſcheidung nicht ſo, wie die Reviſion, indem gerade dieſe das ſpecifiſche Rechtsmittel zur Anfechtung der Thatfrageentſcheidung iſt[2])

Unter der Vorausſetzung, daß der Richter bei der Entſcheidung der Thatfrage an keine poſitiven Beweisregeln gebunden iſt, erſcheint

---

1) Dieſe Unterſcheidung bezieht ſich natürlich nur auf die Schwurgerichts-Organiſation. Wo dieſelben Richter über Schuld und Strafe entſcheiden, hat ſie ſelbſtverſtändlich keine Bedeutung.

2) S. I. Abth. §. 37 und 40. In der badiſchen St.-P.-O. v. 1845 iſt auch die Reviſion in dieſem Falle geſtattet. Vgl. jetzt namentlich den „Entwurf einer St.-P.-O. für das K. Sachſen" Art. 364 und 365.

dieſe Entſcheidung nicht bloß als Urtheil, ſondern zugleich auch als ein Theil des Beweiſes ſelbſt, und das Beweismittel iſt eben die Reflexion und das Gewiſſen der Richter. Denn wenn mit den ſog. Beweisverhandlungen der Beweis (im objektiven Sinne des Wortes) ſchon vollendet, alſo die Thatfrage beantwortet wäre, ſo könnte ſofort die Straffrage entſchieden, das Endurtheil gefällt werden, ohne daß es einer vorgängigen beſonderen Thatfrageentſcheidung bedürfte. Hienach wäre es auch nicht unrichtig, wenn man die Beſtechung des Richters unter unſeren zweiten Reviſionsgrund (falſches Beweismittel) ſubſumiren würde. Da aber die Entſcheidung der Thatfrage doch weſentlich Urtheil iſt, ſo glaubten wir daraus einen beſonderen Fall machen zu müſſen, und zwar um ſo mehr, als zwiſchen beiden Fällen noch ein weiterer weſentlicher Unterſchied beſteht, der ſich auf die Frage der Relevanz bezieht.

Bei den falſchen Beweismitteln entſtand nämlich die Frage, ob das fragliche Beweismittel auf die Entſcheidung der Thatfrage einen Einfluß gehabt habe und wir waren genöthiget, für die Zulaſſung der Reviſion wegen falſchen Beweismittels gegen ein bezirksgerichtliches Urtheil das Erforderniß aufzuſtellen, daß ſich aus den Entſcheidungsgründen ergebe, daß das Beweismittel auf die Entſcheidung Einfluß gehabt habe[1]).

In den ſchwurgerichtlichen Fällen konnten wir zwar dieſes Erforderniß nach dem dermaligen Stande der Geſetzgebung nicht aufſtellen, weil die Geſchwornen zur Zeit keine Entſcheidungsgründe abgeben; — nichtsdeſtoweniger konnten wir aber auch hier von der Bedingung der Relevanz (des falſchen Beweismittels) nicht Umgang nehmen, und wir haben geſehen, daß die Stelle der Entſcheidungsgründe hier durch eine allgemeine, in der Natur der Sache ſelbſt liegende Präſumtion (für die Relevanz) vertreten werde[2]).

Es entſteht nun auch im Falle der Beſtechung eines Richters die Frage, ob man die Zulaſſung der Reviſion nicht auch hier davon abhängig machen ſolle, daß der fragliche Richter durch ſeine Abſtimmung die anzufechtende Entſcheidung herbeigeführt habe. Dieſe Frage muß aber mit Schwarze[3]) entſchieden verneint werden, und zwar

1) S. oben §. 71.
2) S. oben S. 145.
3) a. a O. S. 570.

aus einem doppelten Grunde; für's Erste weil, wie Schwarze bemerkt, „der Bestochene bei der Berathung möglicherweise bereits auf seine Kollegen mit eingewirkt und sie zu dem ungünstigen Spruche mit bewogen, ja bereits bei der Beweisaufnahme zum Nachtheil des Angeklagten, sei es unmittelbar, sei es durch Unterlassung von Fragen, sei es durch die ganze Richtung der Befragung, gewirkt haben konnte;" — sodann aber auch deßhalb, weil es durchaus unstatthaft wäre, das Richterkollegium darüber zu befragen, wie jedes einzelne Mitglied gestimmt und wie dieses oder jenes sich über den Fall in der Berathung geäußert habe.

Wenn man will, so spricht auch hier eine Präsumtion dafür, daß die Abstimmung des bestochenen Richters (oder Geschwornen) auf die Entscheidung Einfluß gehabt habe, und diese Präsumtion hat ihren Rechtfertigungsgrund darin, daß das Gesetz eine geheime Berathung und Abstimmung vorschreibt, also keinerlei Veröffentlichung über die Entstehung des Urtheils will[1]).

Was endlich die Frage betrifft, ob der in Rede stehende Revisionsgrund auch auf andere Personen auszudehnen sei, welchen im jetzigen Strafverfahren eine Hauptrolle zugewiesen ist, so glauben wir dieselbe nicht in dem Umfange bejahen zu dürfen, wie dies von Schwarze geschieht. Es fragt sich hier, ob die Revision statthaft sein solle im Falle der Bestechung

1) des Staatsanwaltes,
2) des Vertheidigers und
3) in den schwurgerichtlichen Fällen eines Mitgliedes des Gerichtshofes.

Was nun vorerst den Staatsanwalt betrifft, so muß Schwarze selbst einräumen, daß „in seine Hand kein Theil der richterlichen Gewalt gelegt ist, und er bei dem Gerichte nur Anträge stellen kann, über welche erst das Gericht entscheidet." Wenn er

1) Wo das Verdict der Geschwornen einstimmig sein muß, da bedarf es natürlich gar keiner solchen Präsumtion. Hier ist unzweifelhaft jede Stimme entscheidend. Nach der braunschweigischen St.-P.-O. v. 22. Aug. 1849 §. 92 müssen auch die Thatfrageentscheidungen der rechtsgelehrten Richterkollegien einstimmig sein. — Wenn wir oben von geheimer Abstimmung sprechen, so ist damit natürlich nicht jene schriftliche Abstimmungsweise gemeint, wie sie im J. 1835 in Frankreich eingeführt und in Belgien nachgeahmt wurde.

aber deſſenungeachtet die Reviſion zulaſſen zu müſſen glaubt, weil „ſein Einfluß auf die Beweisaufnahme und die Verhandlung ſo bedeutend und ſeine Stellung in der letzteren eine ſo hervorragende ſei, daß es hiemit unvereinbar ſein würde, es für einflußlos zu erklären, ob er nur aus Pflichtgefühl oder aus Parteilichkeit gegen den Angeklagten aufgetreten und verfahren ſei[1]," — ſo ſcheint uns doch jener Einfluß des Staatsanwaltes auf die Beweisaufnahme und die Verhandlung einigermaſſen überſchätzt zu ſein, ſo hervorragend auch die Stellung des Staatsanwaltes in der Verhandlung unſtreitig iſt. Denn es hängt erſtens nicht von ihm allein ab, welche Zeugen auf die Zeugenliſte geſetzt werden, und zweitens hat er bei der Vernehmung der Zeugen in der Hauptverhandlung (nach der franzöſiſchen und den neueren deutſchen Strafprozeßordnungen) bekanntlich nicht das Verhörsamt[2], ſondern, wie der Vertheidiger, nur das Recht einzelne Fragen an die Zeugen (und den Angeklagten)[3] zu richten. Die Möglichkeit, ſeinerſeits auf die Beweisaufnahme und die Verhandlung überhaupt einzuwirken, iſt alſo keine ſo weit ausgedehnte, daß jemals in irgend einem Falle, möchte der Präſident auch noch ſo wenig Energie beſitzen und der Vertheidiger noch ſo ſchweigſam ſein, mit Grund behauptet werden könnte, daß der Staatsanwalt durch ſeine Einwirkung auf die Beweisverhandlung die Verurtheilung eines Unſchuldigen herbeigeführt habe. Weit eher möglich wäre der umgekehrte Fall d. i. eine erfolgreiche parteiiſche Einwirkung zu Gunſten des Angeklagten[4]. Es dürfte auch ſchwerlich jemals vorgekommen ſein,

1) a. a. O. S. 571.

2) Bedeutender iſt der Einfluß des Staatsanwaltes allerdings da, wo das engliſche Kreuzverhör aufgenommen iſt; ſo z. B. im Preuß. Geſ. v. 3. Mai 1852 Art. 77. Aber auch hier kann dieſer Einfluß nicht entſcheidend ſein; denn erſtens hat hier der Vertheidiger in der fraglichen Beziehung ſo ziemlich dieſelben Befugniſſe, wie der Staatsanwalt, und zweitens ſteht dieſer unter der Kontrolle des Präſidenten.

3) Der Vertheidiger darf an den Angeklagten freilich keine Fragen ſtellen.

4) Nach der allgemeinen Faſſung des Art. 364 Ziffer 1 des ſächſ. Entw. würde in dieſem Falle das Rechtsmittel dem Staatsanwalte gegen das freiſprechende Erkenntniß allerdings zuſtehen; denn es heißt hier: „wenn ſich ergibt, daß die Freiſprechung durch Beſtechung herbeigeführt worden iſt;" im Art. 365 Ziffer 2 dagegen heißt es: „wenn er darzuthun vermag, daß zum Zwecke ſeiner Benachtheiligung ein Mitglied des Gerichts ... beſtochen geweſen iſt, — und die Motive bemerken hiezu ausdrücklich, daß der Staatsanwalte nicht mit aufgenommen werden wollte.

daß der Staatsanwalt bestochen worden wäre, um gegen den Angeklagten parteiisch zu verfahren. Sollte es aber wirklich vorkommen, so bietet unser Prozeß Bürgschaften genug, daß die Schlechtigkeit eines solchen Staatsanwaltes keinen entscheidenden Einfluß auf den Prozeßgang und das Resultat gewinne.

Mit mehr Grund scheint sich die Revision auf den Fall eines bestochenen Vertheidigers[1]) ausdehnen zu lassen. Der bestochene Vertheidiger kann dieses oder jenes Vertheidigungsmittel vorzubringen unterlassen, er kann seine Vertheidigungsrede absichtlich so einrichten, daß sie dem Angeklagten mehr schadet als nützt ꝛc. Er kann m. E. W. zum Nachtheile seines Klienten wirken. Dessenungeachtet glauben wir uns gegen die Ausdehnung entscheiden zu müssen, und zwar wieder aus dem Grunde, weil unser Prozeß hinreichende Garantieen gegen einen entscheidenden Einfluß der Prävarikation eines Vertheidigers enthält. Der Vertheidiger ist dreifach kontrollirt: erstens vom Gerichte, insbesondere vom Präsidenten, zweitens vom Staatsanwalte und drittens — was die Hauptsache ist — vom Angeklagten selbst. Kann da ernstliche Gefahr vorhanden sein, daß ein Unschuldiger durch Prävarikation seines Vertheidigers in Strafe gebracht werde?

Was endlich die Mitglieder des Gerichtshofes in den schwurgerichtlichen Fällen betrifft, so soll nach Schwarze[2]) auch „hier der Nachweis einer solchen Bestechung eines Richters nicht als einflußlos angesehen werden, wenngleich die Schuldigerklärung nicht von den rechtsgelehrten Richtern ausgegangen ist.“ Diese Forderung scheint uns etwas zu weit gegangen zu sein.

Wir glauben zwischen den Personen, aus denen der Gerichtshof besteht, unterscheiden zu müssen. Wenn der Nachweis geliefert wird, daß der Schwurgerichtspräsident bestochen war, dann geben wir die Statthaftigkeit und die Nothwendigkeit der Revision unbedingt zu. In der Hand des Präsidenten liegt eine so große Gewalt, und zwar gerade in Bezug auf die Beweisaufnahme, daß man wohl ohne Uebertreibung sagen kann, diese sei sein Werk[3]). Dieser

1) Dies geschieht auch im k. sächs. Entw. Art. 365 Ziffer 2. —

2) a. a. O. S. 570.

3) Diese Gewalt (der Einfluß auf die Beweisaufnahme) ist natürlich noch viel größer, wenn er, wie im französischen Rechte, die Pflicht hat, am Schlusse

Beamte hat unstreitig die Macht, dem Angeklagten zu schaden; von ihm hängt in der That sehr Viel ab, wie der Wahrspruch der Geschwornen ausfalle. Es ist wohl nicht nothwendig, hier in das Einzelne einzugehen. In Anbetracht der weitgreifenden Befugnisse und der einflußreichen Stellung dieses Beamten scheint es unumgänglich nothwendig, im Falle der Bestechung desselben das Rechtsmittel der Revision zuzulassen.

Nicht so im Falle der Bestechung eines anderen Gerichtsmitgliedes. Denn abgesehen von der dem ganzen Schwurgerichtshofe (im französischen und neueren deutschen Strafprozeßrechte [1]) übertragenen Kontrolle der Geschwornen — können die Mitglieder des Schwurgerichtshofes (nach Ausschluß des Präsidenten) auf den Gang und das Ergebniß der Beweisverhandlungen in der That so wenig einwirken, daß es gewiß Niemanden einfallen wird, dieselben zum Vortheile oder zum Nachtheile des Angeklagten bestechen zu wollen; — und zwar noch viel weniger zum Nachtheile des Angeklagten, als zu seinem Vortheile. Der bestochene Gerichtshof könnte doch wenigstens zum Vortheile des Angeklagten von der ihm in Art. 352 C. J. eingeräumten Befugniß Gebrauch machen, wie wohl auch diese Begünstigung vorläufig nur eine Fristung bis zur nächsten Assise wäre. Für eine dem Angeklagten nachtheilige Entscheidung der Thatfrage können aber diese Richter so viel wie gar nichts thun.

Bei der Entscheidung der Straffrage kann ein bestochenes Gericht dem Angeklagten allerdings mehr nützen oder schaden. Allein insoferne bei solcher Begünstigung oder Benachtheiligung ein juristischer Fehler mitunterläuft, steht dafür die Nichtigkeitsbeschwerde zu Gebote; und insoferne dies nicht der Fall ist, muß die Entscheidung, wie wir unten [2]) sehen werden, für unanfechtbar erklärt werden.

---

der Verhandlungen den Geschwornen ein résumé über die vorgekommenen Beweise zu geben.

1) C. J. Art. 352; bayer. Ges. v. 10. Nov. 1848 Art. 212.

2) §. 81.

§. 73.

c) Das Erforderniß der Neuheit des Grundes.

I. Begriff des Novum.

Was das Erforderniß der Neuheit in Bezug auf die Gründe betrifft, welche überhaupt tauglich ſind, um darauf ein Geſuch um Wiederaufnahme des Strafverfahrens zu gründen, ſo iſt hierüber des Näheren noch Folgendes zu bemerken[1]:

Es fragt ſich hier:

1) Wie iſt dieſes Erforderniß zu verſtehen? Was iſt hier als novum zu betrachten? Was kann als ſolches gelten?

2) Wie oder woraus iſt zu entnehmen, ob das Erforderniß im konkreten Falle erfüllt ſei, mit anderen Worten: Wie iſt die Neuheit des Vorbringens zu kontrolliren?

Bei Beantwortung der erſten Frage muß vor Allem bemerkt werden, daß der Begriff des Novum nicht etwa ſo gefaßt werden dürfe, als ob jene Behauptungen, die wir nach der hier in Rede ſtehenden Beziehung als relevant kennen gelernt haben, in der erſten Verhandlung gar nicht zur Sprache gekommen ſein dürften, wenn anders darauf unſer Rechtsmittel gebaut werden wolle.

Eine ſolche Beſtimmung würde, wie leicht einzuſehen, zu den härteſten Ungerechtigkeiten führen. Geſetzt z. B. der Verurtheilte vermöchte den Beweis ſeines alibi durch zwei ganz exceptionsfreie Zeugen zu führen; ſollte er mit dieſem Beweiſe zurückgeſtoßen werden, weil er das alibi in der früheren Verhandlung nicht ſo glücklich zu beweiſen vermocht? Oder ſoll der Verurtheilte nicht gehört werden, wenn er voll beweiſen kann, daß der Zeuge, welcher gegen ihn ausgeſagt, aus Haß falſch deponirt habe, und zwar deßhalb nicht gehört werden, weil er ſeine Meineidsbeſchuldigung in der früheren Verhandlung nicht zu beweiſen im Stande geweſen? Dieſe Beiſpiele ließen ſich in's Unendliche vervielfältigen.

---

1) Die folgenden Bemerkungen beziehen ſich nur auf die beiden erſten Hauptgründe der Reviſion (Mangel am Thatbeſtand und falſches Beweismittel), hauptſächlich auf den erſten. Im Falle der Beſtechung eines Richters wird die Beantwortung der Frage, ob das Vorbringen wirklich neu ſei, keine Schwierigkeit bieten; ſie hat auch hier gar nicht die Bedeutung, wie in den beiden anderen Fällen. Im zweiten Falle bietet die Frage der Neuheit auch weniger Schwierigkeiten, als im erſten.

Aus den angeführten dürfte zur Genüge erhellen, daß es hier darauf nicht ankommen könne, ob die (relevante) Behauptung in der früheren Verhandlung bereits zur Sprache gekommen sei oder nicht.

Es wird allerdings häufig vorkommen, daß die Behauptung, worauf das Gesuch gestützt wird, in der früheren Verhandlung nicht zur Sprache kam, obwohl die Thatsache, worauf sie sich bezieht, zur Zeit dieser Verhandlung schon existirte. Der Grund hievon kann darin liegen, daß der Angeklagte von der Thatsache entweder nicht sprechen konnte, weil er von derselben nichts wußte z. B. daß der angeblich Getödtete noch am Leben sei, oder daß er davon nicht sprechen wollte. Es kann aber auch vorkommen, daß die Thatsache in der Verhandlung gar nicht zur Sprache gebracht werden konnte, weil sie damals noch gar nicht existirte z. B. die Thatsache, daß ein Anderer durch ein späteres Erkenntniß wegen desselben Verbrechens verurtheilt wurde und die Erkenntnisse unvereinbar sind.

Allein da dieser letztere Fall doch nur ein sehr seltener sein wird und da wir als Regel annehmen können, daß der Angeklagte in der Verhandlung entweder selbst oder durch seinen Vertheidiger gewiß Alles vorbringen und nichts verschweigen werde, was nur immer zu seiner Vertheidigung dienlich sein könnte, so dürften gerade jene Fälle häufiger sein, wo der Verurtheilte eine Behauptung, die er schon früher vorgebracht, nachträglich besser beweisen kann, als jene Fälle, wo er eine thatsächliche Behauptung vorzubringen ververmöchte, die er aus Furcht, sie nicht gehörig beweisenzu können, ganz verschwiegen hätte, obwohl er gewußt, daß sie von Wichtigkeit gewesen wäre.

Es gibt nur einen einzigen Fall, wo es darauf ankommt, ob die Behauptung, auf welche das Gesuch gestützt werden will, eine solche ist, die in der früheren Verhandlung nicht zur Sprache gekommen, nämlich der Fall, wo ein in dieser Verhandlung bereits vernommener Zeuge wiederholt vorgeführt werden will, damit auf das, was der Zeuge jetzt deponirt, das Rechtsmittel gestattet werde. Hier muß verlangt werden, daß die wiederholte Deposition des Zeugen eine neue Thatsache erbringe.

Allein gerade in diesem Falle ist, wie wir sehen werden, die Kontrolle der Neuheit der relevanten Behauptung von ganz besonderer Schwierigkeit.

Indeſſen dürfte auch dieſer Fall nur ſelten vorkommen, indem doch anzunehmen iſt, daß jeder Zeuge ſchon in der erſten Verhandlung zu einer ſein Wiſſen von der Sache erſchöpfenden Depoſition veranlaßt werde.

Wenn es demnach in der Regel gleichgültig iſt, ob die Behauptung, auf welche das Geſuch geſtützt werden ſoll, ſchon in der erſten Verhandlung zur Sprache gekommen, oder mit andern Worten: ob ſie neu oder nicht neu ſei, ſo kann ſich das Erforderniß der Neuheit nur auf das Beweismittel beziehen, wodurch die Wahrheit der Behauptung evident werden ſoll.

Es wird auch, wenn man ſich die Sachlage nur gehörig klar macht, als ganz natürlich und ſich von ſelbſt verſtehend erſcheinen, daß — abgeſehen von jenem ſeltenen Falle — zur Subſtanziirung unſeres Rechtsmittels überall die Produktion oder Denomination eines neuen Beweismittels erforderlich ſei, — es mag nun die Thatſache ſelbſt, worauf ſich die Behauptung bezieht, eine neue ſein oder nicht. Bei einer nicht neuen Thatſache iſt dies ohnehin klar; worin ſollte ſonſt, als in einem neuen Beweismittel, das Novum beſtehen; welche andere Veränderung der Aktenlage wäre hier denkbar?

Aber auch bei einer neuen Thatſache kann das neue Beweismittel in der Regel nicht fehlen. Denn wie ſollte die neue Thatſache anders bewieſen werden, als durch neue Beweismittel, wenn, wie anzunehmen iſt, die in der erſten Verhandlung produzirten Beweismittel gehörig und erſchöpfend ausgebeutet worden ſind?

Dies gilt nun aber gleichmäßig von allen 3 Arten von Gründen. Steht dies feſt, ſo können wir alſo als Regel aufſtellen, daß auf jede relevante Behauptung unſer Rechtsmittel gegründet werden könne, wenn nur für die Behauptung ein neues Beweismittel beigebracht wird.

Endlich iſt noch zu bemerken, daß das Erforderniß der Neuheit nicht etwa, wie Arnold[1]) will, ſo verſtanden werden dürfe, als ob „die Wiederaufnahme nur wegen ſolcher Thatumſtände oder Beweiſe geſucht werden könne, welche dem erkennenden Gerichte und dem

1) a. a. O. S. 94. Aehnlich lautet die Beſtimmung des Art. 368 im ſächſ. Entwurfe.

Verurtheilten vor der Urtheilsfällung nicht bekannt oder, welche bekannt, aber nicht zu ermitteln waren."

Darauf, ob das Novum dem Gerichte bekannt war, kommt es allerdings an; denn darin liegt eben der Begriff der Neuheit, daß es diesem nicht bekannt war. Allein darauf, ob dasselbe dem Verurtheilten vor der Urtheilsfällung bekannt oder nicht bekannt war, kann ganz und gar nichts ankommen, wenn man nicht zu Ungerechtigkeiten gelangen und Konsequenzen anerkennen will, die mit dem Begriffe unseres Rechtsmittels in Widerspruch stehen[1]).

Für überflüssig halten wir die Schlußworte: „oder, welche bekannt aber nicht zu ermitteln waren." Arnold hat hier ohne Zweifel den Fall vor Augen, wo das Rechtsmittel nicht auf neue Thatsachen (im engeren Sinne des Wortes), sondern auf neue Beweismittel gestützt werden will; — allein das neue Beweismittel ist eben auch nichts Anderes, als ein vorher „Unbekanntes," und es bildet nach dem, was wir oben über das Erforderniß der Neuheit bemerkt haben, gerade das Neue κατ' ἐξοχήν, d. i. dasjenige, was eben hier in der Regel allein neu ist und neu sein muß, während die Thatsache, die durch dasselbe bewiesen werden soll, alt oder bekannt sein kann.

§. 74.

II. Kontrolle der Neuheit.

Was sodann die zweite Frage, die bezüglich der Kontrollirung der Neuheit, betrifft, so wird sich dieselbe nun, nachdem wir wissen, was in der Regel neu sein müsse, auch — soviel das Regelmäßige anbelangt — leicht beantworten lassen.

Da nämlich das Novum nach Obigem in der Regel ein neues Beweismittel ist, und die in einer Strafverhandlung produzirten Beweismittel, wie auch die Prozeßordnungen ganz zweckmäßig vorschreiben, in dem Sitzungsprotokolle aufgeführt werden, so bietet dieses Sitzungsprotokoll das verläßigste und zweckdienlichste Mittel für jene Kontrolle. Die Frage der Neuheit wird in diesen die Regel bildenden Fällen des Angriffes eines Urtheils durch unser Rechtsmittel

1) Hiemit ist auch beseitiget, was Mittermaier im Arch. des Krim.-R. 1854 S. 316 für die Nothwendigkeit der Appellation vorbringt.

keine Schwierigkeit machen. Iſt das Beweismittel, worauf dieſer Angriff geſtützt werden will, im Protokolle nicht aufgeführt, ſo iſt es ohne Weiteres als neu zu betrachten.

Schwieriger ſcheint die Kontrollirung der Neuheit in den Fällen zu ſein, wo das angebliche novum nicht in einem neuen Beweismittel, ſondern in einer neuen Thatſache beſteht, die durch ein bereits früher (in der erſten Verhandlung) produzirtes Beweismittel (Zeuge) erprobt werden ſoll[1]). Die Beſchaffenheit des in der Hauptverhandlung aufgenommenen Protokolles iſt wohl zu allgemein bekannt, als daß die Unmöglichkeit der Prüfung, ob die angeblich neue Thatſache wirklich neu ſei, aus dieſem Protokolle allein einer weiteren Nachweiſung bedürftig wäre.

Eine Präſumtion der Neuheit wäre eine zu bedenkliche Sache, indem dadurch den frivolen Reviſionsgeſuchen Thür und Thor geöffnet würde. Auch ließe ſich für eine ſolche Präſumtion gar kein innerer haltbarer Grund denken. Es kann von der Relevanz der Thatſache nicht auf die Neuheit geſchloſſen werden; denn die die relevante Thatſache enthaltende Behauptung könnte auch ſchon in der erſten Verhandlung vorgebracht und trotz derſelben, weil ſie nicht gehörig erprobt worden, das angefochtene Erkenntniß (Thatfrageentſcheidung) erlaſſen worden ſein. Woraus ſoll alſo entnommen werden, ob die angeblich neue (relevante) Thatſache nicht ſchon in der früheren Verhandlung vorgebracht und durch die in dieſer vernommenen Zeugen zu beweiſen verſucht worden ſei?

Die Beantwortung dieſer Frage würde leicht ſein, wenn das Rechtsmittel der Reviſion an eine beſtimmte kürzere Friſt gebunden wäre. Praktiſch käme eine ſolche Reviſion auf das hinaus, was in dem Preußiſchen Geſetz vom 3. Mai 1852 Art. 101 die Appellation iſt, indem mit dieſem Rechtsmittel die Entſcheidung der Thatfrage nur auf Grund neuer Thatſachen und Beweismittel erfolgreich angefochten werden kann[2]).

1) Wenn eine neue Thatſache durch ein neues Beweismittel erprobt werden will, ſo iſt die Frage der Neuheit eben ſo leicht zu beantworten, wie im erſten Falle. Es braucht hier gar nicht geprüft zu werden, ob die angeblich neue Thatſache wirklich neu iſt; es genügt, daß das Beweismittel neu iſt; die Neuheit des Beweismittels ergiebt ſich aus dem Sitzungsprotokoll.

2) Dies ergibt ſich daraus, daß das Appellationsgericht die in dem Urtheile der I. Inſtanz feſtgeſtellten (relevanten) Thatſachen ſeinem Erkenntniſſe zu Grunde

Während eines verhältnißmäßig kurzen Zeitraumes nach der ersten Verhandlung mag es leicht sein, zu ermitteln, ob die angeblich neue Thatsache wirklich neu sei. Die Zeugen werden sich leicht erinnern, ob in ihren Aussagen die fragliche Thatsache vorgekommen sei oder nicht. Allein das Rechtsmittel der Revision kann und darf nicht an eine bestimmte Frist gebunden werden. Was ist also zu thun?

Unserer Ansicht nach bleibt hier nichts Anderes übrig, als auch hier vorerst die Zuflucht zu dem Gedächtnisse der Zeugen zu nehmen, und sie unter Hinweisung auf ihren zu leistenden Eid zu befragen, ob sie sich zu erinnern vermögen, daß die fragliche Thatsache nicht schon in der ersten Verhandlung bei ihren früheren Vernehmungen zur Sprache gekommen sei. Führt diese Befragung nicht zu dem gewünschten Resultate oder hält man sie für bedenklich, so muß man, um sich über die Neuheit der fraglichen Thatsache, soweit es eben möglich ist, Gewißheit zu verschaffen, zu den Akten der Voruntersuchung greifen und dazu das Protokoll der Hauptverhandlung abhibiren. In Bezug auf dieses letztere enthalten nämlich unsere Strafprozeßordnungen die zweckmäßige Vorschrift, daß der Protokollführer in seinem Protokolle insbesondere auch alle diejenigen wichtigeren Zeugenaussagen aufzeichnen solle, welche von den in den Voruntersuchungsakten enthaltenen Depositionen dieser Zeugen abweichen, so wie nicht minder das Wesentliche von den Aussagen der in der öffentlichen Sitzung zum ersten Male zu vernehmenden Zeugen.

Wird nun diese Vorschrift gehörig befolgt, so bieten die Akten der Voruntersuchung und das Sitzungsprotokoll zusammen ein ganz taugliches Mittel, um die Neuheit der fraglichen Thatsache zu kontrolliren. Denn jede in der öffentlich-mündlichen Hauptverhandlung vorgekommene relevante Thatsache muß dann entweder in den Voruntersuchungsakten, oder, weil sie darin nicht vorkommt, — im Sitzungsprotokolle erwähnt sein

Die Kontrolle ist überdies sehr leicht und erfordert nur ganz

---

legen muß, insoferne nicht neue Thatsachen oder neue Beweise (oder die Wiederholung der in I. Instanz stattgefundenen Beweisaufnahme) eine abweichende thatsächliche Feststellung begründen. — Ebenso nach dem kurhessischen Gesetze v. 22. Juli 1851 §. 45. Vgl. auch den k. sächsischen Entwurf einer St.-P.-O. Motive S. 280 ff.

kurze Zeit; man braucht nur die in jenen Akten oder in jenem Protokolle enthaltenen Aussagen der jetzt wiederholt zu vernehmenden Zeugen nachzulesen. Findet sich in denselben über die angeblich neue Thatsache nichts, so muß dieselbe für eine wirklich neue gehalten, und auf Grund derselben, vorausgesetzt, daß sie auch relevant ist, das Rechtsmittel der Revision für zulässig erklärt werden. —

Was endlich die beiden anderen Hauptgründe betrifft, auf welche das Rechtsmittel der Revision überhaupt gestützt werden kann, nämlich falsche Beweismittel und Bestechung eines Richters, — so dürfte zur Kontrollirung der Neuheit eines solchen Revisionsvorbringens das Sitzungsprotokoll vollkommen ausreichen.

Wenn nämlich in der öffentlich-mündlichen Hauptverhandlung eine Urkunde für gefälscht, ein Zeuge oder ein Sachverständiger für meineidig, oder endlich gar ein Richter für bestochen erklärt wird, so wäre es doch eine gröbliche, nicht leicht vorkommende Nachlässigkeit, wenn dieß im Sitzungsprotokolle nicht bemerkt würde. Uebrigens bringt es die Natur dieser Revisionsgründe, insoferne sie überhaupt mit Erfolg geltend gemacht werden können, mit sich, daß zu ihrer Beweisung immer neue Beweismittel (Zeugen oder Urkunden z. B. der schriftliche Bestechungsvertrag) vorgeschlagen werden, und in diesem die Regel bildenden Falle werden die neuen Beweismittel ohnehin nicht dieselben sein, welche in der Verhandlung der Hauptsache zur Produktion gekommen sind, — daher sie auch im Sitzungsprotokolle nicht aufgeführt sein werden.

§. 75.

C. Von dem Gegenstande der Revision.

I. Kann bloß ein Endurtheil mit der Revision angefochten werden?

Was den Gegenstand des Gesuches um Wiederaufnahme des Strafverfahrens betrifft, so ist vor Allem zu bemerken, daß derselbe nur ein strafgerichtliches Endurtheil[1]), keine demselben vorhergehende richterliche Entscheidung oder sonstige Handlung sein könne, obwohl dieses Rechtsmittel seiner Begründung gemäß zunächst gegen

1) Arnold a. a. O. S. 63. Nro. I.: „Das Wiederaufnahmsgesuch hat nur statt gegen ein Straferkenntniß, nicht gegen Zwischenerkenntnisse."

die von dem Endurtheile vorausgesetzte Entscheidung der Thatfrage gerichtet ist[1]). Erst wenn das Endurtheil gesprochen ist, kann von einer Einlegung unseres Rechtsmittels die Rede sein, und wenn auch die Aenderung der Thatfrageentscheidung die Voraussetzung für die Erreichung des Zweckes unseres Rechtsmittels ist, so ist ja dennoch dieser Zweck offenbar kein anderer, als die Beseitigung des beschwerenden Strafurtheiles.

Es ließe sich allerdings die Frage aufwerfen, ob es nicht zweckmäßig wäre, unter einer gewissen Voraussetzung auch ein Gesuch um Wiederaufnahme des Strafverfahrens unmittelbar nach der Entscheidung der Thatfrage und vor dem Endurtheile zuzulassen. Die Voraussetzung hiefür wäre nämlich die, daß unmittelbar nach der Entscheidung der Thatfrage und ehe noch das Schlußurtheil gefällt worden, ein novum vorgebracht würde, wodurch die nothwendige Grundlage der Thatfrageentscheidung erschüttert und im Falle der Bewahrheitung des novum aufgehoben würde. Es versteht sich von selbst, daß dieser Fall nur da möglich wäre, wo die Entscheidung der Thatfrage entweder Geschwornen übertragen oder doch wenigstens der Zeit und der Form nach von dem Schlußurtheile getrennt ist[2]). Wo beide Urtheile von denselben Richtern und uno tenore ausgesprochen werden, wie nach französischem und neuerem deutschen Rechte in den korrektionellen Sachen, da kann von einem Gesuche um Wiederaufnahme des Strafverfahrens vor dem Schlußurtheile natürlich nicht die Rede sein.

Wo aber ein Gesuch um Wiederaufnahme des Strafverfahrens vor dem Schlußurtheile überhaupt auch nur denkbar ist, da wäre allerdings nicht dieses, sondern die Entscheidung der Thatfrage der Gegenstand unseres Rechtsmittels.

Werfen wir nun vor Beantwortung der aufgeworfenen Frage einen Blick auf die uns vorliegenden Gesetzgebungen, so finden wir

1) Es lassen sich aber auch nova denken, welche sich bloß auf die von dem Gerichtshofe zu entscheidende Straffrage beziehen, z. B. ein neues Beweismittel für die Behauptung einer Thatsache, die nach dem Gesetze einen Strafminderungsgrund bildet. Eine andere Frage ist es aber, ob auch auf solche nova das Gesuch um (theilweise) Wiederaufnahme des Strafverfahrens gegründet werden könne.

2) Wie in Griechenland und neuerlich auch in Oesterreich und in den korrektionellen Strafsachen in Braunschweig.

allerdings Bestimmungen, vermöge deren eine Entscheidung der Thatfrage, welche von Geschwornen ausgegangen, direkt, unmittelbar und vor dem Schlußurtheile als falsch beanstandet, sodann eine neue Verhandlung der Sache herbeigeführt, und eine zweite Entscheidung der Thatfrage veranlaßt werden kann. Die Bestimmungen, welche wir hier im Auge haben, sind der Art. 352 des Code d'instr. und der Art. 212 des bayer. Ges. v. 10. Nov. 1848[1]).

Allein durch diese von uns schon oben beleuchteten[2]) Bestimmungen ist der hier in Frage stehende Fall nicht vorgesehen. Denn für's Erste kann jene Beanstandung des Wahrspruches zwar allerdings wegen eines Irrthumes in der Hauptsache d. i. wegen falscher Entscheidung der Thatfrage selbst, — jedoch nicht auf Grund neuer Thatsachen, sondern nur wegen eines nach Ansicht des zur Beanstandung befugten Gerichtshofes vorhandenen wirklichen Irrthums oder Fehlers ohne Auftauchen eines novum eintreten, und steht sodann diese Beanstandung nicht etwa dem Angeklagten und dem Staatsanwalte als den zunächst Betheiligten, sondern ausschließlich dem Gerichtshofe zu.

Da wir nun die aufgeworfene Frage bejahen zu müssen glauben, so haben wir es zu bedauern, daß die Gesetzgebung anstatt der in unserem Falle, nämlich ex capite novorum (jedoch nicht dem

---

1) Vgl. damit Preuß. Ges. v. 3. Mai 1852 Art. 99; Braunschweig. St.-P.-O. v. 1849 §. 146. Hannov. St.-P.-O. §. 193 ꝛc.

2) S. I. Abth. S. 151. — Wir finden uns in unserer Ansicht über diese Einrichtung neuerlich durch eine sehr kompetente Stimme bestärkt. Rüttimann in seinen Erläuterungen zu dem Züricher Ges. bemerkt darüber S. 212: „Dieser Paragraph (§. 263) entspringt einem Mißtrauen gegen die Jury, das kaum gebilligt werden kann. Es müßte einen sonderbaren Eindruck machen, wenn auf den mit Genehmigung der Anklagekommission gestellten Antrag des Staatsanwaltes hin die Geschwornen mit einer Mehrheit von mehr als 7 Stimmen die Frage des Gerichtes, ob der Angeklagte schuldig sei, bejahen und sodann die 3 Richter diesen Spruch umstoßen würden. Weit schicklicher wäre es jedenfalls, in einem solchen Falle durch das Gericht der Anklage den Riegel stoßen zu lassen, ohne die Geschwornen darüber zu befragen. Denn wenn das Gericht eine so entschiedene Ansicht hat, so ist nicht einzusehen, wozu es das Befinden der Geschwornen vorerst einzuholen brauche, um dasselbe dann doch nicht zu beachten." — Wir möchten aber auch ein solches Nichtbefragen der Geschwornen nicht empfehlen, und zwar aus mehreren Gründen, die wir an einem anderen Orte angeben werden.

Gerichtshofe, sondern dem Angeklagten) zweckmäßigerweise zu gestattenden Beanstandung des Wahrspruches jene Beanstandung zugelassen hat, deren Werth jedenfalls noch zweifelhaft ist.

Die Gründe, warum wir in dem fraglichen Falle das Gesuch um Wiederaufnahme des Strafverfahrens vor dem Schlußurtheile für zulässig halten, bestehen darin, daß wir es 1) für unzweckmäßig halten, im Strafprozesse gerichtliche Handlungen vornehmen zu lassen, von denen vorauszusehen ist, daß sie unnütz seien. Daß nun aber die Fällung des Endurtheiles eine unnütze Handlung sei, wenn — wie dies vorausgesetzt wird — die Entscheidung der Thatfrage dem novum gegenüber eine unhaltbare ist, wird wohl nicht in Abrede gestellt werden wollen. Sodann

2) würden wir es für eine ungerechte Härte gegen den Angeklagten halten, gegen denselben ein zu einer Strafe verurtheilendes Erkenntniß ausfällen zu lassen, obwohl derselbe neue Umstände anführt, welche im Falle ihrer Verificirung die Entscheidung der Thatfrage und somit das Endurtheil selbst umstoßen würden.

Allein dessenungeachtet glauben wir an unsrer obigen Regel festhalten zu dürfen, indem der soeben abgehandelte Fall gewiß doch nur höchst selten vorkommen kann. Denn der Angeklagte wird wohl in der Regel alle ihm zu Gebote stehenden Entschuldigungsgründe und alle zu seinem Vortheile dienenden Beweismittel in der Verhandlung seiner Sache vorbringen; er wird damit nicht warten, bis die Thatfrage entschieden ist, und zur Kenntniß neuer ihm vortheilhafter Thatsachen und in den Besitz seinen Zwecken dienlicher neuer Beweismittel wird derselbe gewiß in der Regel erst einige Zeit nach dem Endurtheile gelangen. Nur ausnahmsweise wird daher die Entscheidung der Thatfrage Gegenstand unsres Rechtsmittels sein können; in der Regel wird es das Endurtheil sein.

Was endlich die Wiederaufnahme des Verfahrens oder der Untersuchung im Falle eines vorgängigen Beschlusses auf Einstellung des Verfahrens betrifft, so haben wir mit derselben hier nichts zu schaffen, indem diese Wiederaufnahme gar kein Rechtsmittel ist.

§. 76.

II. Kann bloß ein verurtheilendes Erkenntniß mit der Revision angefochten werden?

1) Kann ein freisprechendes Erkenntniß mit der Revision angefochten werden?

Auf den Gegenstand unseres Rechtsmittels bezieht sich auch die wichtige Frage, ob dasselbe bloß zum Vortheile oder auch zum Nachtheile des Angeklagten statthaft sei.

In dieser Frage ist nämlich insbesondere die Frage enthalten, ob auch ein freisprechendes Urtheil Gegenstand dieses Rechts-Mittels sein könne, (damit an dessen Stelle ein verurtheilendes Erkenntniß gesetzt werde).

Außer dieser ist in derselben auch noch die Frage enthalten, ob ein verurtheilendes Erkenntniß mit diesem Rechtsmittel auch in der Art angefochten werden könne, daß dadurch ein strengeres Strafurtheil d. h. eine härtere Strafe bezielt werde, — wobei wieder zwei Fälle zu unterscheiden sind, nämlich erstens der Fall, da sich das Novum, worauf sich das Gesuch stützt, ein solches ist, welches auf die von der jury (oder den nach Art der jury uttheilenden Richterbeamten) zu entscheidende Frage oder aber zweitens auf die vom Gerichtshofe zu entscheidende Frage von Einfluß ist.

Hiemit steht endlich die dritte Frage im nächsten Zusammenhange, ob ein verurtheilendes Erkenntniß wegen eines solchen Novum angefochten werden könne, wodurch lediglich ein milderes Strafurtheil d. h. eine geringere Strafe herbeizuführen wäre; und auch hier ist wieder wie in dem vorigen Falle nach der bezeichneten Rücksicht zwischen zwei Fällen zu unterscheiden. Wir werden diese beiden Fragen später beantworten.

Was nun die Hauptfrage betrifft, ob auch ein freisprechendes Urtheil Gegenstand der Revision sein könne, so ist dieselbe neuerlich sowohl von Arnold[1]) als Schwarze[2]) einer sehr lehrreichen Erörterung unterworfen, jedoch bei der Verschiedenheit ihrer Ansichten zu einer legislativen Streitfrage gemacht worden, wie sie schon früher eine Kontroverse auf dem Gebiete des positiven gemeinrechtlichen Prozesses war[3]).

1) a. a. O. S. 48 ff.

2) a. a. O. S. 573 ff.

3) Vgl. Mittermaier „das deutsche Strafverfahren" Bd. II. §. 205.

Bevor wir auf die von beiden Seiten geführten Argumentationen eingehen und unsere Ansichten aussprechen, haben wir eine Bemerkung zu machen, welche sowohl die Arnold'sche als die Schwarz'sche Ausführung betrifft. Wir vermissen bei beiden eine nothwendige Unterscheidung.

Wenn nämlich von freisprechenden Urtheilen auf dem Gebiete des französischen und der diesem hierin folgenden neueren deutschen z. B. des bayerischen Strafprozeßrechtes die Rede ist, so muß überall und namentlich hier unterschieden werden zwischen acquittement (Freisprechung von der Anklage) und absolution (Freisprechung von der Strafe).

Arnold und Schwarz[1]) haben nur die erste Art der Freisprechung in's Auge gefaßt, — was schon daraus klar hervorgeht, daß sie hier überall nur von der Anwendbarkeit der Revision zum Nachtheile des Angeklagten (Freigesprochenen), also nur von der Anfechtung des freisprechenden Erkenntnisses seitens der Staatsbehörde sprechen.

Hiebei ist nun aber der wesentliche Umstand übersehen, daß es möglicherweise auch im Interesse des Freigesprochenen liegen könne, das freisprechende Urtheil mit dem Rechtsmittel der Revision anzufechten, — nämlich im Falle eines bloß von der Strafe freisprechenden Urtheils. Die Voraussetzung hiebei ist nur die, daß das freisprechende Urtheil seitens der Staatsbehörde mit der Nichtigkeitsbeschwerde[2]) angegriffen wird, weil sie der Ansicht ist, daß die That, deren der Angeklagte durch den Wahrspruch der Geschwornen für schuldig erklärt worden ist, allerdings durch ein Strafgesetz vorgesehen sei[3]), oder weil sie der Ansicht ist, daß der Gerichtshof irrthümlich einen Strafaufhebungsgrund z. B. Verjährung

1) Der k. sächs. Entwurf spricht zwar in Art. 364 Ziff. 1 von beiden Freisprechungsarten („Straf- oder Klagefreisprechung"); allein dieser Artikel handelt nur von den Gründen, aus welchen die Staatsanwaltschaft die Wiederaufnahme beantragen kann; im Art. 365, welcher von der Wiederaufnahme zu Gunsten des Angeklagten handelt, heißt es nur: „der Angeklagte kann im Falle seiner Verurtheilung . . . ."

2) oder nach dem k. sächs. Entwurf Art. 364 mit dem Rechtsmittel der Revision aus den Ziff. 1 angeführten Gründen.

3) Der Staatsanwalt hat in diesen Fällen die Nichtigkeitsbeschwerde z. B. nach bayerischem Rechte Ges. v. 10. Nov. 1848 Art. 234.

angenommen habe. Da hier dem Angeklagten die Gefahr droht, daß an die Stelle des freisprechenden ein verurtheilendes Erkenntniß geſetzt werde, ſo liegt es offenbar ſehr in ſeinem Intereſſe, dieſem Erkenntniſſe durch die Beiſchaffung eines Novum, welches zur Begründung der Reviſion dienlich iſt, vorzubeugen. Man wird hiegegen nicht einwenden wollen[1]), der Angeklagte ſolle den Erfolg der Nichtigkeitsbeſchwerde abwarten, er könne ſein Novum, falls ein verurtheilendes Erkenntniß erfolge, ſpäter immer noch gegen dieſes geltend machen. Denn auch abgeſehen davon, daß es zweifelhaft ſein kann, ob das Novum z. B. ein neuer Zeuge ſpäter noch parat iſt, gehört ein Strafurtheil für den Verurtheilten, ſelbſt wenn er die Gewißheit hat, daſſelbe auf dem Wege der Reviſion beſeitigen zu können, zu den empfindlichſten Uebeln, die den Staatsbürger überhaupt treffen können.

Wir geben allerdings zu, daß der Fall ſelten eintreten werde, daß der Angeklagte noch vor dem das Reſultat der Nichtigkeits-Beſchwerde bildenden richterlichen Ausſpruche ein Novum vorzubringen im Stande ſei. Allein die Seltenheit des Falles berechtiget den Geſetzgeber nicht zur Ignorirung deſſelben.

Unſerer Anſicht nach muß in einem ſolchen Falle die Verhandlung und Entſcheidung über die Nichtigkeitsbeſchwerde bis zur Erledigung der Reviſion des Angeklagten ausgeſetzt werden. Denn wenn ſich in Folge der Letzteren ein acquittement ergiebt, ſo erſcheint die vorgänge Verhandlung der Nichtigkeitsbeſchwerde des Staatsanwalts gegen die absolution offenbar als ganz zwecklos. Die Reviſion des Angeklagten iſt präjudiciell für die Nichtigkeitsbeſchwerde des Staatsanwaltes.

Daß endlich auch der Fall vorkommen könne, wo ein Novum auftaucht, welches geeignet wäre, daß die Staatsbehörde darauf eine Reviſion gegen ein von der Strafe freiſprechendes Erkenntniß gründe, bedarf wohl keiner weiteren Auseinanderſetzung[2]).

1) Dieſer Einwand hat freilich Grund, wenn man unbedingt vorſchreibt, daß das Rechtsmittel der Reviſion erſt dann ergriffen werden könne, wenn das Erkenntniß rechtskräftig ſei. Denn da das Erkenntniß nicht rechtskräftig wird, ehe die (rechtzeitig erhobene) Nichtigkeitsbeſchwerde verworfen iſt, ſo kann nach jener Vorſchrift die Reviſion erſt nach dieſer Verwerfung erhoben werden.

2) Als Beiſpiel kann folgender Fall dienen: A wurde auf Grund der Verjährung von der Strafe freigeſprochen; zur Strafloſigkeit eines Verbrechens

Was sodann die Anwendbarkeit unseres Rechtsmittels auf von der Anklage freisprechende Erkenntnisse betrifft, so versteht es sich wohl von selbst, daß hier überall nur von einer Urtheilsanfechtung seitens der Staatsbehörde, also immer nur zum Nachtheile des Freigesprochenen die Rede sein könne.

Diese Frage wird nun von Arnold durchaus verneinend, von Schwarze dagegen zum großen Theile bejahend beantwortet.

Die Gründe Arnold's[1]) sind im Wesentlichen folgende: „Das Streben zu Gunsten des Staates, zur Realisirung des Ansehens der Strafgesetze, zur Wirklichmachung des Rechts, einen schuldigen Freigesprochenen oder den, welcher zu gering gestraft worden, nach rechtskräftiger Entscheidung durch Wiederaufnahme der Untersuchung der verdienten Strafe noch zu unterwerfen, würde Gefahr herbeiführen, einen Unschuldigen zu verurtheilen und sonach im Streben nach materiellem Recht gerade das materielle Recht zu verletzen . . ." „Eine strafgerichtliche Untersuchung werde um so leichter unvollständig, ja unzuverläßig, je größer der Zeitraum zwischen der That und den einzelnen Untersuchungshandlungen sei." „Die Spuren der That verwischen sich, Urkunden gehen verloren oder werden als überflüssig

---

wegen Verjährung gehört aber nach positivem Rechte, daß der Verbrecher seit seiner verbrecherischen Handlung eine ununterbrochen gute Aufführung gepflogen habe. Ein halbes Jahr nach der Freisprechung wird nun aber entdeckt, daß der Freigesprochene während der gesetzlichen Verjährungsfrist abermals ein Verbrechen begangen hat.

1) a. a. O. S. 48 ff. — A. v. Scheurl in seinen „Erläuternden Anmerkungen zu der neuen Strafprozeßordnung für das diesrhein. Bayern" München 1848. S. 146 behauptet, „das Recht der Staatsgesellschaft auf gerichtliche Verfolgung des Angeklagten wegen dieser That müsse durch die Erhebung und Durchführung der Anklage von Seiten des Staatsanwalts und durch die erfolgte Freisprechung des Angeklagten von der Anklage oder doch von der Strafe als eben so vollkommen erloschen betrachtet werden, wie das Klagerecht aus irgend einem Privatrecht, wenn es von dem dazu berechtigten im Wege des Civilprozesses geltend gemacht und rechtskräftig darüber erkannt sei." Dies ist fürs Erste eine bloße petitio principii. Warum soll denn das Recht des Staates durch die Freisprechung vollkommen erlöschen? Sodann ist die Herbeiziehung jenes civilrechtlichen Grundsatzes unstatthaft, — weil, wie Scheurl, freilich im Widerspruche mit dem Vorhergehenden, (als Grund für die Nothwendigkeit der Revision zum Vortheile des Angeklagten) sogleich selbst anführt, daß im Strafverfahren das Streben nach innerer (materieller), nicht bloß äußerer (formeller) Wahrheit vorherrsche."

vernichtet, die Zeugen verlieren die Erinnerung an einzelne Umstände der That, insbesondere an die erheblichen Zeitpunkte der That selbst oder anderer einflußreichen faktischen Umstände z. B. der Abwesenheit des Angeschuldigten vom Orte der That; der Angeschuldigte selbst ist nach längerem Zeitverlaufe oft nicht mehr im Stande, sich an Umstände oder an Zeugen zu erinnern, durch welche der neue Anschuldigungsbeweis entkräftet werden könnte."

Arnold weist sodann darauf hin, daß auf diesen Erwägungen auch das Institut der Strafverjährung beruhe und knüpft daran das weitere Argument, daß nach der gegentheiligen Ansicht gegen den Freigesprochenen die Wiederaufnahme zu seinem Nachtheile weit länger stattfinden könnte, als gegen den, welcher gar nicht in Untersuchung gezogen war," indem die Verjährung durch die Untersuchung unterbrochen wurde und erst von der Freisprechung an laufe.

Den Einwand, daß alle diese Gründe „sich auch gegen eine Wiederaufnahme zum Vortheile des Angeschuldeten anführen ließen," läßt Arnold nicht gelten. „Bei der Wiederaufnahme zum Vortheil des Angeschuldeten war ein vollständiger Beweis der Schuld geliefert und der Unschuldsbeweis entweder gar nicht versucht oder mißlungen, sonst hätte ja die Verurtheilung nicht erfolgen können; diesem vollständigen Beweis, also einer positiven Thatsache soll nun ein Unschuldsbeweis oder ein Beweis der Unzuverläßigkeit des Anschuldigungsbeweises entgegengesetzt werden und die Lage des Verurtheilten, welcher die Wiederaufnahme sucht, ist schwierig, weil er einen vorhandenen Beweis wegzuräumen hat." Bei der Wiederaufnahme zum Nachtheile des Angeschuldeten dagegen sei in der Regel kein vorhandener Beweis (Unschuldsbeweis) wegzuräumen, indem die Freisprechung auf Grund eines Unschuldsbeweises selten, sondern gewöhnlich wegen Mangel am Anschuldigungsbeweis erfolge. In jenen selteneren Fällen müsse die neue gegen den Angeschuldeten gerichtete Beweisführung freilich auch eine doppelte sein, nämlich für die Anschuldigung und gegen den vorhandenen Entlastungsbeweis; — allein es dürfe hier nicht übersehen werden, daß das Recht weit schwerer und auffallender gebeugt werde, wenn einem Unschuldigen die Wiederaufnahme zur Herstellung des Beweises seiner Unschuld versagt, als wenn ein Schuldiger, welcher freigesprochen wurde, von jeder weiteren gerichtlichen Verfolgung freigelassen werde.

Als weiteren Grund gegen die Zulaſſung der Reviſion zum Nachtheile des Angeſchuldigten führt Arnold die Möglichkeit des Mißbrauches an: ſie „gebe ſehr leicht der Leidenſchaft, dem Parteigeiſte und der Chikane Spielraum zur Verfolgung.“ Endlich verſucht er die Härte der gegentheiligen Anſicht[1]) durch eine Schilderung der Qualen und Unannehmlichkeiten einer Unterſuchung, ſowie der Angſt vor einer neuen Unterſuchung vor Augen zu ſtellen, welche den Freigeſprochenen nicht eher verlaſſen könne, als bis etwa die erforderliche Verjährungsfriſt abgelaufen ſei. So lange dies nicht der Fall ſei, „ſei er nicht ſicher, daß nicht nach Jahren noch die Wiederaufnahme der Unterſuchung wider ihn abermals verfügt und er abermals verhaftet, abermals durch eine Unterſuchung dem Skandal preisgegeben und vielleicht nur deßhalb verurtheilt werde, weil er nach ſo langer Zeit keine Beweismittel für ſich mehr aufbringen könne.“

Die Kritik dieſer Anſicht, ſowie die nähere Darſtellung der entgegenſtehenden Scharze'ſchen Anſichten und deren Kritik werden wir mit dem Vortrage unſerer eigenen Anſichten verbinden. Hier ſei nur noch bemerkt, daß das Zürcher Geſetz §. 171 die Reviſion „gegen den freigeſprochenen Angeſchuldigten“ zuläßt, jedoch nur dann,

---

1) Einen für die Frage der Zulaſſung der Reviſion zum Nachtheile des Angeklagten überhaupt (nicht bloß eines Freigeſprochenen) intereſſanten Fall erzählt die Augsb. Allg. Ztg. von 1854 Nr. 167 (16. Juni): Anton Berger von Höchreuthe im großherzogl. Badiſchen Amte Pfullendorf wurde ſeines Leugnens und der Zweifelhaftigkeit der Beweiſe ungeachtet vom letzten Schwurgerichte in Konſtanz wegen Todtſchlags eines Dienſtmädchens zu 15 Jahren Zuchthaus verurtheilt. Das Motiv der That konnte nicht ermittelt werden. Berger ergriff die Nichtigkeitsbeſchwerde gegen dies Urtheil, welche aber vom Kaſſationshofe als unbegründet verworfen wurde. Als er nach Eröffnung der Verwerfung der Nichtigkeitsbeſchwerde in die Strafanſtalt abgeführt werden ſollte, legte er vor Gericht das Geſtändniß ab, daß er das Dienſtmädchen ermordet habe, weil er geglaubt, daß ſie ſchwanger von ihm ſei, und er verlangte noch einmal vor das Schwurgericht geſtellt zu werden, damit ein Todesurtheil gegen ihn ergehe. Sein Geſuch um Wiederaufnahme des Verfahrens wurde jedoch „vom Schwurgerichtshofe“ (?) als unbegründet (?!) verworfen, weil nach badiſchem Geſetz weder der Verurtheilte noch der Staatsanwalt die Wiederaufnahme zu dem Zweck verlangen kann, um eines ſchwereren Verbrechens, als dasjenige iſt, wegen deſſen ein Angeklagter verurtheilt wurde, für ſchuldig erklärt zu werden.

„wenn mit ſeinem Vorwiſſen durch ein Verbrechen auf das Ergebniß des betreffenden Strafverfahrens eingewirkt worden iſt[1])."

§. 77.

Fortſetzung.

Unſere Anſicht iſt folgende:

Vor Allem glauben wir darauf hinweiſen zu müſſen, daß es ſich bei unſerem Rechtsmittel, wie bei allen übrigen Rechtsmitteln, weſentlich um Abänderung eines Urtheiles handelt, woraus folgt, daß die Behauptung, auf welche das Rechtsmittel gegründet werden will, mit dem Inhalte des Urtheils irgendwie in unlösbarem Widerſpruch ſtehen muß. Wenn die Behauptung mit dem Inhalte des Urtheils vereinbar iſt, ſo kann ſie unmöglich zu einer Abänderung deſſelben führen, daher auch nicht geeignet ſein, um darauf unſer Rechtsmittel zu gründen. Wenn Gajus wegen Diebſtahls einer Uhr freigeſprochen worden iſt und ſpäter wegen Diebſtahls eines ſilbernen Leuchters angeklagt wird, oder wenn die Sempronia wegen Kindsmords freigeſprochen worden, und nun wegen Verwandtenmords angeklagt wird, — ſo laſſen ſich jenes Urtheil und dieſe Beſchuldigung ohne Schwierigkeit mit einander vereinigen; der Ankläger braucht das Urtheil nicht anzufechten, dieſes braucht nicht kaſſirt, nicht verändert zu werden, um die Verurtheilung des Gajus wegen des Leuchterdiebſtahls oder der Sempronia wegen Verwandtenmordes herbeizuführen. Die Unterſuchung, das Strafverfahren wegen dieſer Verbrechen ſind wenigſtens theilweiſe neu und ſelbſtſtändig; ſie ſind nicht Wiederaufnahme genau der (früheren) Unterſuchung oder des früheren Strafverfahrens.

Aus dieſem Grunde muß, wenn von dem Rechtsmittel des Geſuches um W. d. V. die Rede iſt, von den Fällen ganz abſtrahirt werden, wo durch das Novum eine von der früheren abweichende Anſchuldigung begründet wird.

Wenn alſo überhaupt die Zuläſſigkeit des Rechtsmittels der Re-

1) Nach der braunſchweigiſchen St. P. O. vom 22. Aug. 1849 §. 173 kann der öffentliche Ankläger die „Wiedereinſetzung in den vorigen Stand verlangen, wenn er nachweiſet, daß eine Freiſprechung auf Grund eines falſchen Zeugniſſes oder einer falſchen Urkunde erfolgt iſt, jedoch unter den unter Nr. 1 und 2 hervorgehobenen Vorausſetzungen."

vision gegen ein von der Anklage freisprechendes Erkenntniß auch nur in Frage steht, so muß hiebei, wie auch bei einem verurtheilenden Erkenntnisse, immer von der Voraussetzung ausgegangen werden, daß durch das Novum, welches mit der wiederholten Anklage vorgebracht wird und worauf das Rechtsmittel gestützt werden will, nicht etwa der in der früheren Anklage enthaltene Reat geändert werde. Es muß vorausgesetzt werden, daß durch die neue Anschuldigung (durch das von dem Staatsanwalte vorgebrachte novum) weder eine andere Verbrechensgattung, noch eine andere Verbrechensart, noch auch nur ein anderer Verbrechensgrad bedingt sei.

Denn in allen drei Fällen könnte der Zweck der Urtheilsanfechtung — nämlich eine Urtheilsänderung nicht erreicht werden, weil diese überall den Nachweis der Unrichtigkeit des Urtheilsinhaltes d. h. in seiner Gesammtheit, wozu auch die Entscheidung der Thatfrage gehört, voraussetzt. Wenn nun aber eine neue Thatsache vorgebracht wird, durch welche eine andere Qualifikation der That, mithin eine von der früheren abweichende Anschuldigung bedingt ist, — wie soll dies zu einem Nachweise der Unrichtigkeit des Urtheiles dienlich sein?

Die allgemeine Voraussetzung des Novum, wodurch ein Gesuch um Wiederaufnahme begründet werden will, ist die, daß möglicherweise (d. h. im Falle der Verifikation) durch dasselbe eine der früheren entgegengesetze Thatfrageentscheidung herbeigeführt werden könne, und zwar eine Thatfrageentscheidung, welche der früheren nicht etwa bloß konträr, sondern kontradiktorisch entgegengesetzt ist; mit anderen Worten: wenn die Thatfrageentscheidung früher eine bejahende gewesen, so muß nun die Anfechtung des Urtheils durch das Rechtsmittel der Revision auf Herbeiführung einer Verneinung derselben Thatfrage gerichtet sein und umgekehrt. Mithin handelt es sich bei unsrem Rechtsmittel überall nur um Bejahung oder Verneinung einer und derselben Thatfrage, — nicht aber um die Beantwortung einer anderen Thatfrage.

Bei der Revision gegen ein acquittement kann es sich also um Nichts Anderes handeln, als um Herbeiführung einer bejahenden Entscheidung der früher verneinten Thatfrage, und ist dies

richtig, ſo kann als tauglich zur Subſtanziirung des Rechtsmittels der Reviſion gegen ein ſolches Erkenntniß auch nur ein ſolches Novum erachtet werden, welches zu einer Bejahung der früher verneinten Thatfrage führen kann, und hieraus folgt dann weiter, daß es ungeeignet iſt, in die Erörterung der Zuläſſigkeit des Rechtsmittels der Reviſion gegen ein acquittement den Fall hereinzuziehen [1]), wo das Novum zu einer (ganz oder theilweiſe) anderen Thatfrage führen muß, und hieran eine Beantwortung der Frage zu knüpfen, in wie ferne durch die frühere Thatfrageentſcheidung die Anſchuldigung wegen einer That ausgeſchloſſen werde, welche zwar zu derſelben Verbrechensgattung gehört, aber eine andere Art oder einen anderen (leichteren) Grad bildet, als die in der erſten Anſchuldigung enthaltene.

§. 78.

Fortſetzung.

Wenn es ſich demnach bei der Frage der Zuläſſigkeit des Rechtsmittels der Reviſion gegen ein acquittement nur darum handeln kann, ob durch daſſelbe eine Bejahung der früher verneinend beantworteten Thatfrage herbeigeführt werden könne, ſo iſt nun zu unterſuchen, ob und welche Nova es wohl gebe, durch welche eine ſolche Bejahung herbeigeführt werden könne.

Bei Beantwortung dieſer Frage iſt daran zu erinnern, daß es überhaupt drei verſchiedene Arten von Behauptungen gebe, auf welche möglicherweiſe das in Rede ſtehende Rechtsmittel gegründet werden könne, nämlich

a) auf die direkte Behauptung der materiellen Unrichtigkeit der Thatfrageentſcheidung d. h. daß die Sachlage in Wirklichkeit eine andere ſei, als ſie in der Entſcheidung der Thatfrage angenommen worden;

b) auf die Behauptung, daß die Beweisführung (ganz oder theilweiſe) gefälſcht d. h. falſche Beweismittel zur Produktion gelangt ſeien;

1) Dies geſchieht z. B. von Schwarze a. a. O. S. 578. — Wir werden unſere Anſicht über dieſen Fall vielleicht bei einer anderen Gelegenheit vorbringen.

c) daß (ein oder mehrere) Richter beſtochen geweſen.

Ad a) Wenn nun gefragt wird, inwieferne ob und welches Novum für die Behauptung beigebracht werden könne, daß die Sachlage in der Wirklichkeit eine andere ſei, als ſie in der verneinenden Thatfrageentſcheidung angenommen worden, daß alſo die Anſchuldigung eine wahre geweſen ſei, ſo iſt hier wieder zwiſchen zwei Fällen zu unterſcheiden; es kann nämlich möglicherweiſe das Novum, aus welchem die materielle Unrichtigkeit der Thatfrageentſcheidung hervorgehen ſoll, im Allgemeinen beſtehen:

α) in einer neuen Thatſache (im engeren Sinne des Wortes) oder

β) in einem neuen Beweismittel für eine ſchon früher zur Sprache gekommene Thatſache.

Ad α) Iſt es nun möglich d. h. juriſtiſch möglich, daß es eine neue d. h. in dem früheren Verfahren nicht vorgekommene Thatſache gebe, aus welcher hervorgehen könnte, daß die verneinende Thatfrageentſcheidung materiell unrichtig ſei?

Wir glauben dieſe Frage entſchieden verneinen zu müſſen[1]). Denn es muß doch angenommen werden, daß in der verneinten Thatfrage alles Dasjenige, was zur vollſtändigen Begründung der fraglichen Anſchuldigung gehört, mitaufgenommen geweſen ſei. Nun iſt aber durch die verneinende Entſcheidung der Thatfrage über alles dieſes ſchon entſchieden. Ein Novum, wodurch die frühere Anſchuldigung nicht geändert würde, iſt alſo unter der nothwendigen Vorausſetzung der Vollſtändigkeit der früheren Anſchuldigung und der bereits entſchiedenen Thatfrage gar nicht denkbar. Wir glauben ſogar, daß dieſer Vorausſetzung oder Forderung der Vollſtändigkeit die Wirkung der Präkluſion beigelegt werden müſſe d. h. daß auf eine Thatſache, welche zur Begründung der Anklage nothwendig und daher in die Thatfrage aufzunehmen geweſen wäre, aber nicht aufgenommen worden iſt, unſer Rechtsmittel nicht gegründet werden könne, m. a. W. daß eine ſolche Thatſache gar nicht als Novum betrachtet werden könne, und zwar aus dem Grunde, weil die Nichtaufnahme einer ſolchen Thatſache in die Thatfrage den Charakter eines juriſtiſchen Fehlers hat, welcher überall nur zu einer Nichtig-

1) Der ſächſiſche Entwurf enthält auch keine darauf abzielende Beſtimmung.

keitsbeschwerde, nicht aber zur Revision Veranlassung geben kann. Würde aber durch das Novum eine andere Anschuldigung begründet, d. h. müßte dem Novum gemäß die Anschuldigung, mithin auch die Thatfrage einen anderen Inhalt bekommen, — so wäre ein solches Novum nach Obigem von vorneherein zur Begründung unseres Rechtsmittels ganz untauglich.

Ad β) Anders verhält es sich, wenn die Unrichtigkeit der verneinenden Thatfrageentscheidung durch ein neues Beweismittel für eine schon früher in der Anschuldigung und Thatfrage enthalten gewesene Thatsache aufgezeigt werden will. Es ist sehr wohl denkbar, daß nach der Freisprechung von der Anklage Beweismittel aufgefunden werden, mit denen die Irrthümlichkeit der verneinenden Thatfrageentscheidung evident nachgewiesen werden kann, und welche zur Bejahung der ganz unveränderten Thatfrage führen könnten. Es fragt sich nun, ob und inwiefern in solchem Falle unser Rechtsmittel gegen ein von der Anklage freisprechendes Erkenntniß zulässig sei.

Wir glauben diese Frage zwar nicht mit Arnold unbedingt verneinen, jedoch auch nur unter ganz besonderen Voraussetzungen bejahen zu können.

Die beiden Hauptgründe, welche Arnold für seine Ansicht anführt, sind die Schwierigkeit der zweiten Vertheidigung nach Ablauf einer längeren Zeit nach der dem Angeklagten zur Last gelegten That z. B. wegen Verlustes von Entlastungsbeweismitteln und die Gefahr des Mißbrauches der Wiederaufnahme zum Nachtheile des Freigesprochenen.

Allein so sehr auch diese beiden Bedenken Berücksichtigung verdienen, so kann aus ihnen, wie schon von Schwarze[1]) dargethan worden, doch nicht eine gänzliche Unzulässigkeit der Revision gegen ein acquittement abgeleitet werden. Mit Recht bemerkt Schwarze, daß „die Nachtheile der Wiederaufnahme nicht den Sieg über die höheren Anforderungen der Gerechtigkeit davontragen und Humanitätsgründe nicht bis zur Strafloſigkeit des Verbrechens führen können“[2]). Die Gefahr des Mißbrauches ist niemals ein hinreichender

1) a. a. O. S. 579.
2) a. a. O. S. 580.

Grund zur Abschaffung einer an und für sich gerechtfertigten Einrichtung. Man könnte aus diesem Grunde überhaupt alles Strafverfahren für verwerflich erklären. Die Gefahr des Mißbrauches kann überall nur ein Motiv sein, möglichst Vorsichtsmaßregeln zu treffen.

Was sodann die Schwierigkeit der Vertheidigung betrifft, so ist allerdings, wenn auch nicht die Nothwendigkeit oder Gewißheit, so doch die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit derselben zuzugeben. Allein auch abgesehen davon, daß diese Schwirigkeit, wie Schwarze geltend macht, ebenso für den Anschuldigungsbeweis und auch in vielen anderen Fällen für die Vertheidigung vorhanden sein kann, so kann doch daraus für den Gesetzgeber wieder nur ein Grund zu besonderer Vorsicht, nicht aber zur Verwerfung der Einrichtung abgeleitet werden.

Schwarze will — abgesehen von dem (weiter unten zu besprechenden) Falle der Fälschung des Entschuldigungsbeweises — das Rechtsmittel gegen ein freisprechendes Erkenntniß überhaupt nur in dem Falle zulassen, „dafern der Freigesprochene gerichtlich oder außergerichtlich ein Geständniß der ihm beigemessenen That abgelegt hat“ [1]).

Wir hielten eine solche Bestimmung einerseits zu weit, andererseits zu eng. Zu eng aus dem Grunde, weil die Schuld des Angeklagten auch durch andere neue Beweismittel möglicherweise zu derselben Evidenz erbracht werden kann, wie durch ein Geständniß. Zu weit, weil wir an ihr nothwendig scheinende Voraussetzungen vermissen.

Wir wollen hier gar nicht davon sprechen, daß das Geständniß jedenfalls neu d. h. nicht schon in der früheren Verhandlung abgelegt sein müßte und daß es nicht Thatsachen enthalten dürfte, welche zu einer abweichenden Thatfrage führen würden.

Wir wollen hier ferner auch davon nicht sprechen, daß für die Glaubwürdigkeit und Beweistüchtigkeit des Geständnisses gewisse Garantien vorhanden sein müßten, um wegen desselben — nicht etwa das frühere Urtheil vernichten oder abändern, sondern selbst das

1) a. a. O. S. 581. — So auch wieder der k. sächsische Entwurf Art. 364 Ziffer 2.

Rechtsmittel nur für zulässig erklären zu können. Alles dies versteht sich eigentlich von selbst.

Wir glauben aber überdieß, wie dies auch von früheren Strafprozeßgesetzgebungen [1]) geschieht, ausdrücklich fordern zu müssen, daß die neuen Beweismittel, wenn anders auf sie eine Wiederaufnahme gegen ein von der Anklage freisprechendes Erkenntniß gegründet werden soll, für sich allein (nicht etwa nur in Verbindung mit alten Beweismitteln) tauglich seien, die Schuld des Freigesprochenen zu beweisen [2]). Der Grund hievon liegt darin, daß sich die früher produzirten Beweismittel dem acquittement gemäß als unzulänglich erwiesen haben und diese Unzulänglichkeit durch die Verneinung der Thatfrage unabänderlich ausgesprochen ist. Wollte man auch früher produzirte Beweismittel zulassen, so läge darin die Gestattung einer wenn auch nur theilweisen Appellation [3]).

Jene Beweismittel sind bereits abgewürdiget; sie können daher nicht mehr gebraucht werden; bei einer Verbindung derselben mit neuen Beweismitteln könnten sie zwar in einem neuen Lichte erscheinen; allein wir halten eben auch dies für unzuläßig; die neue Beweisführung muß eine vollständig neue sein, sie muß auf eigenen Füssen stehen, indem nach unserer Ansicht das Erforderniß der Neuheit des Revisionsgrundes auf's Strengste und Genaueste genommen werden muß, wenn man nicht die Zahl der Revisionen zu einer bedenklichen Höhe anwachsen lassen will.

Aber auch mit diesem Erfordernisse glauben wir uns noch nicht begnügen zu können. Um eine Wiederaufnahme gegen ein acquittement für zuläßig zu erklären, scheint uns verlangt werden zu müssen, daß, falls in der früheren Verhandlung von Seite des Angeklagten ein Entschuldigungsbeweis z. B. der Nothwehr geführt wurde, zugleich mit der Produktion jenes vollständigen und neuen Anschuldigungsbeweises eine vollständige Entkräftung jenes Entschuldigungsbeweises geliefert werde [4]), und zwar aus dem

1) S. Mittermaier „das deutsche Strafverfahren" 3. Aufl. Bd. II. §. 205. S. 636.

2) Auch das Geständniß ist nicht immer für sich allein tauglich, die Schuld des Freigesprochenen zu beweisen.

3) in dem von uns gebrauchten engeren Sinne des Wortes.

4) Dies ist auch, wie wir oben gesehen haben, die Meinung Arnold's.

Grunde, weil ungeachtet des neuen vollständigen Anschuldigungsbeweises die wiederholte Freisprechung des Angeschuldigten erfolgen müßte, so lange jener Entschuldigungsbeweis nicht zerstört wäre.

§. 79.

Fortsetzung.

Ad b) Was sodann die Zulässigkeit der Revision gegen ein acquittement wegen Fälschung des Entlastungsbeweises betrifft, so wird dieselbe von Schwarze[1]) nach unserer Ansicht ebenfalls zu unbedingt statuirt. Wir stimmen zwar mit ihm darin überein, daß es gleichgiltig sei, ob die Fälschung vom Angeklagten selbst oder einem Dritten verübt worden[2]). Ja wir finden gemäß unserer Ansicht über das Institut der Entscheidungsgründe bezüglich der Thatfrageentscheidung sogar keine solche besondere Schwierigkeit bezüglich der schwurgerichtlichen Erkenntnisse, wie Schwarze[3]) sie annimmt; uns stehen diese Erkenntnisse den bezirksgerichtlichen in der fraglichen Beziehung völlig gleich. Unserer Ansicht gemäß[4]) sind zwar die Entscheidungsgründe für die Thatfrageentscheidung, soferne es sich um die Relevanz eines in der ersten Verhandlung produzirten Beweismittels handelt, nützlich, keineswegs aber nothwendig, und wo das Gesetz sie von den Bezirksgerichten (oder Zuchtpolizeigerichten) nicht verlangt, da weiß man bei den bezirksgerichtlichen Erkenntnissen gerade so viel und gerade so wenig von dem Einflusse, den z. B. die Aussage des meineidigen Zeugen oder die gefälschte Urkunde auf die Entscheidung der Thatfrage gehabt hat, wie bei den schwurgerichtlichen.

Wenn dagegen Schwarze[5]) das Rechtsmittel nur wegen „einigermaßen erheblichen Zweifels" der Schuld ausschließen will, so halten wir dies für bei Weitem nicht hinreichend.

---

1) a. a. O. S. 581. Vergl. damit den k. sächs. Entwurf Art. 364 Ziffer 1.

2) Das Zürcher Ges. §. 171 läßt die Revision „gegen den freigesprochenen Angeschuldigten nur dann zu, wenn mit seinem Vorwissen durch ein Verbrechen auf das Ergebniß des betreffenden Strafverfahrens eingewirkt worden ist."

3) a. a. O. S. 581 unten.

4) S. oben §. 71.

5) a. a. O. S. 581, 582.

Eben wegen jenes Umstandes, daß unbekannt ist, welchen Einfluß das einzelne gefälschte Beweismittel auf die Verneinung der Thatfrage hatte, muß gefordert werden, daß die Fälschung des ganzen Entschuldigungsbeweises (aller Entschuldigungsbeweismittel) dargethan werde; — denn solange die Integrität auch nur eines einzigen Entschuldigungsbeweismittels besteht, — steht mit diesem und durch dasselbe der ganze Entschuldigungsbeweis aufrecht, welcher durch den Nachweis der Fälschung eines einzigen Beweismittels offenbar nicht entkräftet werden kann.

Wo das Gesetz von den Richtern keine Gründe für die Entscheidung der Beweisfrage verlangt, da besteht, wie wir oben gesehen haben, eine Solidarität sämmtlicher Beweismittel untereinander, so daß ein jedes als das für die Entscheidung bestimmende betrachtet werden, und von keinem gesagt werden kann, es sei nicht bestimmend gewesen.

Allein wir halten auch dies Erforderniß noch nicht für ausreichend. Wir glauben nämlich verlangen zu müssen, daß außer dem Nachweise der Fälschung des ganzen Entschuldigungsbeweises auch noch wie in jedem Straffalle der Beweis der Schuld, welche den Gegenstand der ersten Anklage bildete, geliefert werden müsse. Denn wenn auch nachgewiesen ist, daß der Angeklagte sich jene Fälschung zu Schulden kommen ließ, so folgt daraus doch noch nicht, daß er auch das Verbrechen begangen habe, welches den Gegenstand der ersten Verhandlung bildete. Hiebei kann aber nicht etwa verlangt werden, daß auch der nunmehr wiederholt zu versuchende Beweis der alten Schuld mit ganz neuen Beweismitteln geführt werde; denn dem Erfordernisse eines novum ist hier bereits durch den Nachweis jener Fälschung Genüge geschehen.

§. 80.

Schluß.

ad c) Wenn endlich ein von der Anklage freisprechendes Erkenntniß wegen Bestechung des Richters mit dem Rechtsmittel der Revision angefochten werden will, so halten wir es zwar auch hier wieder, wie bei der Fälschung eines Beweismittels, nicht für nothwendig, daß die Bestechung von dem Freigesprochenen selbst ausgegangen, sondern glauben, daß die Revision auch dann zulässig

ſei, wenn die Beſtechung von einem Dritten ausgegangen iſt[1]). Dagegen glauben wir die Zuläßigkeit der Reviſion in dieſem Falle von folgenden drei Bedingungen abhängig machen zu müſſen:

α) Es genügt nicht, daß ein einziger Richter beſtochen geweſen ſei, ſondern es müſſen ſoviele Richter beſtochen geweſen ſein, als das Geſetz Stimmen zur Verurtheilung des Angeklagten für erforderlich erklärt, alſo z. B. die Majorität der Richter. Denn wenn zu einer Verurtheilung geſetzlich z. B. einfache Majorität erforderlich iſt, und nur die Beſtechung eines einzigen Richters nachgewieſen iſt, ſo folgt daraus noch nicht, daß der Angeklagte verurtheilt worden wäre, wenn dieſe Beſtechung nicht geſchehen wäre, es bleibt immer noch ungewiß, ob derſelbe nicht auch ohne dieſe Beſtechung freigeſprochen worden wäre. Dieſer Zweifel muß dem Freigeſprochenen zum Vortheile ausgelegt werden, wenn er auch wegen des Verbrechens der Beſtechung ſtrafbar iſt. Nur in dem Falle kann die Verwerfung des freiſprechenden Urtheils mit Recht geſchehen, wenn ſo viele Richter beſtochen geweſen ſind, als die Zahl der zu einer Verurtheilung erforderlichen Stimmen beträgt. Hier kann nicht mehr die Frage aufgeworfen werden, ob ein einzelner beſtochener Richter auf die übrigen einen ſolchen Einfluß geübt habe, daß jener als der eigentliche Urheber des Urtheils zu betrachten iſt, und der Zweifel, ob der Angeklagte nicht auch ohne die Beſtechung freigeſprochen worden wäre, kann hier nicht mehr geltend gemacht werden.

Zweifelhaft iſt die Frage, ob nicht auch ſchon im Falle der Beſtechung eines einzigen Richters Reviſion gegen ein acquittement zuläßig ſei, nur bei einer ſolchen Geſetzgebung, welche zu jedem Wahrſpruche, ſowohl zu einem freiſprechenden (verneinenden), als auch zu einem verurtheilenden (bejahenden) Einſtimmigkeit fodert. Der abſolute Zwang zur Einſtimmigkeit, weit entfernt die Macht des einzelnen Votanten zu vermindern, gibt vielmehr jedem Einzelnen die Möglichkeit und Macht, das Urtheil nach ſeinem Willen zu lenken, und falls nur der einzelne beſtochene Votant ſeine Kollegen an Ausdauer übertrifft, ſo kann er gegen die Ueberzeugung von Eilfen als der Zwölfte dem Angeklagten die Freiheit ſchenken. Da indeſſen auch

1) Vgl. auch hier wieder die im §. 79 angeführte Beſchränkung des Zürcher Geſ. in §. 171.

dies nur Möglichkeiten ſind, und der Zweifel gegen die Wirklichkeit eines ſolchen Vorganges immer ein ſehr berechtigter und vernünftiger iſt, ſo möchten wir ſelbſt für eine ſolche Geſetzgebung die Beſtechung einer einzigen Stimme nicht als genügenden Grund zur Reviſion gegen ein acquittement gelten laſſen.

β) Ueberdies muß zur Verwerfung des acquittement gefodert werden, daß gegen den Angeklagten der Beweis der Anklage geliefert ſei. Denn wenn auch der Freigeſprochene das Verbrechen der Beſtechung begangen hat, und wenn auch alle Richter beſtochen waren, ſo folgt daraus doch noch nicht mit Nothwendigkeit, daß das von der Anklage freiſprechende Erkenntniß ein unrichtiges und daß der Angeklagte ſchuldig geweſen ſei. Dabei kann aber nicht gefodert werden, daß bei jenem Beweiſe die bereits früher gebrauchten Beweismittel auszuſchließen ſeien. Hiezu ſcheint kein Grund vorhanden zu ſein.

γ) Endlich muß aber auch für den Fall, daß in der Hauptverhandlung ein poſitiver Entlaſtungsbeweis (z. B. ein alibi) geführt wurde, noch weiter gefodert werden, daß dieſer Entlaſtungsbeweis beſeitiget werde.

§. 81.

2) und 3) Kann ein verurtheilendes Erkenntniß zur Herbeiführung eines härteren und eines milderen Strafurtheiles mit der Reviſion angefochten werden?

Die Frage, ob ein verurtheilendes Erkenntniß zur Herbeiführung eines härteren Strafurtheiles mit der Reviſion angefochten werden könne, wird auch ſchon von Schwarze[1]) aufgeworfen und mit Recht bejahend beantwortet, wobei er ſich vollkommen konſequent auf dieſelben Gründe bezieht, aus denen er ſich auch für die Zuläßigkeit der Wiederaufnahme gegen freiſprechende Erkenntniſſe erklärt hat. Wie er die Wiederaufnahme gegen ſolche Erkenntniſſe zuläßt, wenn entweder in dem Verbrechen, welches auf die Beweisaufnahme oder das Erkenntniß einwirkte, die Veranlaſſung zu der Freiſprechung gelegen war, oder wenn ſich aus einem Geſtändniſſe ergiebt, daß das Verbrechen vom Freigeſprochenen dennoch wirk-

1) a. a. O. S. 585.

lich verübt worden sei, — ebenso läßt er auch die Revision „zum Nachtheile des Verurtheilten" zu, wenn entweder durch ein Verbrechen (Urkundenfälschung, Bestechung von Zeugen oder der Richter seitens des Angeklagten selbst oder seitens eines Anderen) das mildere Strafurtheil veranlaßt worden ist, oder wenn sich aus einem (nach der Verurtheilung abgelegten außergerichtlichen) Geständnisse ergibt, daß das Verbrechen härter zu bestrafen gewesen sei, als in dem Endurtheile geschehen. Nur fügt Schwarze hier für beide Fälle die weitere Beschränkung bei, daß die Wiederaufnahme nur dann zuläßig sein solle, wenn „der niedrigste Strafsatz in dem anzuwenden gewesenen Gesetze höher ist, als die erkannte Strafe."

Indem auch wir uns für die Zuläßigkeit der Revision zum Nachtheile des Verurtheilten erklären [1]), beziehen wir uns natürlich ebenso, wie Schwarze, auf die von uns für die Zuläßigkeit der Revision gegen ein (von der Anklage) freisprechendes Erkenntniß vorgebrachten Gründe. Nach den in den §§. 78, 79 und 80 enthaltenen Erörterungen ist also die Wiederaufnahme zum Nachtheile des Verurtheilten zuläßig:

a) wenn der Staatsanwalt neue Beweismittel vorbringt, die für sich allein tauglich sind, nachzuweisen, daß der Angeklagte nach dem positiven Strafrechte mit einer schwereren Strafe zu bestrafen gewesen wäre, daß er also ein schwereres Verbrechen begangen habe, als das in dem Strafurtheile angenommene;

b) wenn dargethan werden kann, daß die (sämmtlichen) Beweismittel, auf welche hin die Zuerkennung der milderen Strafe erfolgte, gefälscht gewesen sind;

c) wenn dargethan werden kann, daß so viele Richter bestochen gewesen sind, als nach der betreffenden Gesetzgebung zur Feststellung der geringeren anstatt der verwirkten schwereren Strafe erforderlich waren.

Was sodann die oben angeführte Beschränkung betrifft, wonach die Revision unzuläßig sein soll, wenn die zuerkannte Strafe den Strafrahmen nicht überschreitet, den das Gesetz für den fraglichen Reat angeordnet hat, so stimmen wir darin mit Schwarze vollkommen überein, indem wir es für unstatthaft halten, das Rechtsmittel der Revision soweit auszudehnen, daß mit demselben auch die Ausmessung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens angefochten werden könnte.

1) Hieher gehört der oben §. 76 mitgetheilte Fall des Anton Berger.

Was ferner

3) die Frage betrifft, ob ein verurtheilendes Erkenntniß auch zur Herbeiführung eines milderen Strafurtheiles mit der Revision angefochten werden könne, so versteht es sich nach dem so eben Bemerkten wohl von selbst, daß diese Frage nicht verneinend beantwortet werden könne. Was die positiven Gründe und die näheren Bedingungen für die Zulässigkeit der Revision in diesem Falle betrifft, so beziehen wir uns auf das, was wir in den §§. 67—74 über die Gründe der Wiederaufnahme im Allgemeinen bemerkt haben, — wonach also die Revision in dem hier in Rede stehenden Falle zulässig ist:

a) wenn der Verurtheilte neue Thatsachen oder Beweismittel vorbringt, vermöge deren die zuerkannte schwerere Strafe sich als nicht gerechtfertiget darstellt;

b) wenn der Verurtheilte nachweist, daß ein in dem früheren Verfahren produzirtes Beweismittel gefälscht gewesen sei;

c) wenn der Verurtheilte nachweist, daß ein Richter bestochen gewesen sei.

Indessen müssen wir die oben sub Nro. 2 besprochene Beschränkung auch hieher beziehen, so daß auch hier vorausgesetzt wird, daß die zuerkannte schwerere Strafe jedenfalls härter sei, als der höchste Strafsatz in dem anzuwenden gewesenen milderen Strafgesetze.

Wenn wir endlich die Ansicht aussprechen, daß der Staatsbehörde die Revision zu diesem Zwecke ebenso zustehen müsse, wie dem Angeklagten (Verurtheilten), so bedarf dies wohl unter der Voraussetzung einer richtigen Auffassung der ganzen Stellung dieser Behörde keiner weiteren Rechtfertigung. Ja aus demselben Grunde, aus welchem die Revision zu Gunsten des Verurtheilten auch dem Staatsanwalte zusteht, muß sie jedem Dritten für den Fall gestattet werden, wenn der Verurtheilte sich nicht mehr am Leben befindet. Der Staat hat als eine sittliche Anstalt das höchste Interesse dabei, daß der Angeschuldigte nicht als Schuldiger Strafe leide. Ist dies unglücklicher Weise einmal geschehen und kann das unverdient zugefügte Strafübel nicht mehr rückgängig gemacht werden, so muß doch wenigstens die Möglichkeit gegeben sein, daß durch den Beweis der

Unrichtigkeit des Urtheils die Ehre des unverdient Gebrandmarkten wieder hergestellt werde[1]).

Dagegen dürfte der Staat kein besonderes Interesse daran haben, daß nach dem Tode eines irrthümlich für nichtschuldig Erklärten die nun entdeckte Schuld in einem Erkenntnisse ausgesprochen werde.

§. 82.

D. Von dem Verfahren und von der Entscheidung bei der Revision.

Wer das Verfahren bei dem Rechtsmittel der Revision nach französischem Rechte und nach den diesem folgenden neueren deutschen Strafprozeßordnungen kennt, der wird zugestehen müssen, daß dasselbe ein höchst komplicirtes und vielwendiges sei[2]). Nach unserer Ansicht hat dies darin seinen Grund, daß man wie von einem unantastbaren Axiom von dem Gedanken ausgieng, als sei bei diesem Verfahren die Mitwirkung des obersten Gerichtshofes (Kassationshofes) ganz und gar unentbehrlich[3]). Uns scheint dies durchaus nicht der Fall zu sein, und um dies zu beweisen, müssen wir darauf zurückkommen, was wir bereits in der ersten Abtheilung über den Sinn und Zweck der Herstellung von Obergerichten überhaupt bemerkt haben.

Dieser Zweck ist kein anderer, als der, die Fehler der Untergerichte zu korrigiren. Nur da, wo das Untergericht sich bei einer Entscheidung einen Fehler (Irrthum) hat zu Schulden kommen lassen, ist die Anrufung eines Obergerichtes indicirt; nur in dem Falle, wo diese Anrufung oder die Anfechtung eines Erkenntnisses einen Vorwurf gegen das Untergericht enthält, kann die Entscheidung über die Anfechtung des Erkenntnisses nicht dem Untergerichte (dem judex a quo), sondern muß einem Obergerichte übertragen werden, weil

---

1) Vgl. auch Arnold a. a. O. S. 63. S. über diese Frage auch Morin Dict. s. v. Revision pag. 710 ff.

2) S. über das französische Recht Daniels a. a. O §. 434—436; Höchster a. a. O §. 339—342; bayer. Ges. v. 10. Nov. 1848 Art. 266—273. Uebrigens sind die deutschen Gesetzgebungen in diesem Punkte durchaus nicht mit einander übereinstimmend; — vergl. z. B. mit dem angef. bayer. Ges. die Preuß. V.-O. v. 3. Jan. 1849 §. 152—156; die braunschw. St.-P.-O. §. 173 und 174; das Zürcher Ges. §. 171 ff.; k. sächs. Entw. Art. 369—378.

3) So auch Arnold a. a. O. S. 68.

in dieſem Falle das Untergericht gleichſam judex in propria caussa wäre.

Nun wird zwar auch bei dem Rechtsmittel der Reviſion vorausgeſetzt, daß die anzufechtende Entſcheidung eine unrichtige ſei, und ſteht inſoweit die Reviſion der Nichtigkeitsbeſchwerde gleich. Allein es beſteht zwiſchen beiden der große Unterſchied, daß bei jener dem judex a quo gar kein Vorwurf gemacht wird, indem ſie ſich auf ein novum d. i. auf ein dem judex a quo zur Zeit der Entſcheidung Unbekanntes ſtützt[1]).

Aus dieſem Grunde vermögen wir, wie ſchon früher bemerkt wurde, auch nicht einzuſehen, warum die Entſcheidung über die Reviſion einem anderen, als dem judex a quo zu übertragen ſei. Das vorwurfsfreie Untergericht wird zur Entſcheidung über das Reviſionsgeſuch und die Haltbarkeit der angefochtenen Entſcheidung nicht nur nicht weniger geeignet ſein, weil es der judex a quo iſt, ſondern es wird hiezu gerade deßhalb ganz beſonders geeignet ſein, weil ihm als judex a quo die Sache ſchon durch die frühere Befaſſung mit derſelben bekannt iſt; es kennt bereits die frühere Sachlage, während das Obergericht ſich erſt mit derſelben bekannt machen muß.

Indem wir alſo die Prüfung und Entſcheidung über das Reviſionsgeſuch dem Untergerichte (judex a quo — Schwurgericht oder Bezirksgericht) übertragen, glauben wir hiedurch eine bedeutende Vereinfachung des Reviſionsprozeſſes erzielen zu können[2]).

Hienach und demgemäß, was wir oben sub lit. B. und C. bemerkt haben, würde ſich das Verfahren bei der Prüfung und Entſcheidung über das Reviſionsgeſuch im Weſentlichen ungefähr folgendermaſſen geſtalten:

I. Die Anmeldung des Geſuches um Wiederaufnahme des Strafverfahrens geſchieht bei demjenigen Gerichte, von welchem das anzufechtende Erkenntniß ausgegangen iſt[3]). Sie beſteht darin, daß der Reviſionsgrund bezeichnet und nachgewieſen wird,

---

1) I. Abth. §. 27 S. 101, 102.

2) Es verſteht ſich wohl von ſelbſt, daß dies für den Fall eine Modifikation erleiden müſſe, wo die Reviſion auf Grund der Beſtechung eines Richters erhoben wird.

3) Hiermit ſtimmt auch Arnold a. a. O. S. 66 überein.

a) daß derſelbe wirklich ein novum und

b) daß er relevant ſei d. h. daß ſich — die Wahrheit des Reviſionsvorbringens vorausgeſetzt — das Erkenntniß nicht rechtfertigen laſſe.

Bei der Reviſion gegen ein acquittement müſſen zugleich die Beweismittel zum Beweiſe der Anſchuldigung und zur Entkräftung des etwaigen Entſchuldigungsbeweiſes bezeichnet werden.

Hieran ſchließt ſich das Reviſionspetitum, welches dahin geht, daß das Erkenntniß nach vorgängiger Prüfung des Reviſionsvorbringens vernichtet und in der Sache von Neuem erkannt werden möge.

Die Reviſion zum Nachtheile des Angeklagten muß binnen einer beſtimmten präkluſiven Friſt angemeldet werden, wobei von dem Tage an zu rechnen iſt, an welchem die Staatsbehörde von dem novum Kenntniß erlangt hat[1]). Für die Reviſion zu Gunſten des Angeklagten dagegen kann durchaus gar keine Friſt feſtgeſetzt werden, und zwar weder ein terminus usque ad quem noch ein terminus a quo. Es iſt insbeſondere kein Grund einzuſehen, warum man die Reviſion erſt dann zulaſſen ſollte, wenn die ſogenannte Rechtskraft (Vollſtreckbarkeit) des Urtheils eingetreten[2]).

II. Das weitere Verfahren beſteht in Folgendem:

1) Das Geſuch wird vor Allem dem Gegentheil (Staatsanwalt oder Angeklagten) zur Abgabe allenfallſiger Gegenerinnerungen binnen einer beſtimmten Friſt mitgetheilt;

2) alsdann iſt zu prüfen, ob das Vorbringen wirklich neu und relevant ſei und danach zu beſchließen

a) entweder Zurückweiſung des Geſuches, weil das Reviſionsvorbringen entweder nicht neu oder nicht relevant iſt;

b) oder Verweiſung der Sache zur Verhandlung und Entſcheidung in öffentlicher Sitzung an dasjenige Gericht, von wel-

1) Eine ſolche Friſt ſchreibt auch der k. ſächſ. Entwurf Art. 369 vor.

2) Hiemit ſcheint das Bedenken Arnold's (im Archiv des Krim.-R. 1854 St. II. („der Entwurf einer St.-P.-O. für das K. Sachſen" angez. v. A.) S. 253) gegen die Abſchaffung der Appellation reſp. der Urtheilsanfechtung wegen unrichtiger Thatfrageentſcheidung bei unveränderter Aktenlage gehoben zu ſein. — In den poſitiven Rechten iſt dies freilich anders. S. z. B. bayer. Geſ. v. 10. Nov. 1848 Art. 264. Sitzungsber. der bayer. St.-G. IV. S. 344.

chem das angefochtene Erkenntniß ausgegangen ist (Bezirksgericht oder Schwurgericht).

Diese Prüfung und Entscheidung, welche ihrer Natur gemäß nichts Anderes sind, als die Beschlüsse der Verweisungsbehörden nach durchgeführter Voruntersuchung, müssen der Rathskammer des betreffenden Bezirksgerichtes überlassen werden, welche nach unseren Vorschlägen für alle Strafsachen (sowohl für die korrektionellen als auch für die schwurgerichtlichen) die einzige und alleinige Verweisungsbehörde bildet.

Gegen den Beschluß der Rathskammer ist die Nichtigkeitsbeschwerde zu gestatten [1]).

Eine der Hauptverhandlung vorausgehende Untersuchung (Zeugenvernehmung) durch den damit zu beauftragenden Untersuchungsrichter ist aus dem Grunde nicht statthaft, weil man der Rathskammer doch nicht die Befugniß einräumen könnte, das Gesuch um Wiederaufnahme aus materiellen Gründen zu verwerfen, wenn auch die Untersuchung ergeben würde, daß das Revisionsvorbringen durch die vorgeschlagenen Beweismittel nicht zur Wahrheit erhärtet werde. Die Rathskammer soll nicht weiter gehen, als die formelle Zulässigkeit der Revision zu prüfen d. h. zu entscheiden

a) ob das Vorbringen überhaupt gesetzlich als Revisionsgrund anerkannt,
b) ob dasselbe neu und
c) ob es relevant sei.

Eine materielle Kognition und Entscheidung über die Begründetheit der Revision kann nur dem erkennenden Gerichte eingeräumt werden. Danach wäre nun aber jede Untersuchungshandlung von Seite des Untersuchungsrichters zur Erforschung der Wahrheit des Revisionsvorbringens offenbar ganz nutzlos.

Es kann von der besonderen unmittelbaren Vorführung der Beweise (welche zur Bewahrheitung des Revisionsvorbringens in Vorschlag gebracht werden) vor dem über das Revisionsgesuch entscheidenden und in der Hauptsache erkennenden Gerichte nicht Umgang genommen werden.

III. Die Verhandlung in der öffentlichen Gerichts-

1) Vergl. die braunschw. St.-P.-O. §. 174 Abs. 3.

ſitzung muß natürlich verſchieden ſein, je nachdem der Fall zur Kompetenz der Schwurgerichte oder der Zuchtpolizeigerichte gehört. Die Bildung der Geſchwornenbank geſchieht hier natürlich auf die gewöhnliche Art. Der Gang der Verhandlung wäre vielleicht in folgender Weiſe zweckmäßig einzurichten:

1) Zuerſt bezeichnet der Gerichtsvorſtand in Kürze den Gegenſtand der Verhandlung und läßt zu dieſem Behufe insbeſondere das angefochtene Erkenntniß vorleſen.

2) Hierauf richtet er an den Geſuchſteller die Aufforderung, ſein Geſuch näher zu motiviren, ſeinen Antrag gehörig zu präciſiren und die Mittel zum Beweiſe ſeiner Behauptungen noch einmal genau zu bezeichnen. Es ſcheint nicht nothwendig zu ſein, daß der Staatsanwalt in allen Fällen zuerſt ſpreche.

3) Nach Beendigung dieſes Vortrages wird der Gegentheil aufgefordert, ſeine etwaigen Erinnerungen dagegen vorzubringen.

4) Hierauf läßt der Vorſtand zu den Beweisverhandlungen ſchreiten, welche nach Verſchiedenheit des Reviſionsgrundes und des angefochtenen Erkenntniſſes (Freiſprechung oder Verurtheilung) natürlich auch ſehr verſchieden ſein müſſen, ſowohl was den Inhalt, als was die Ausdehnung betrifft. Beides (Inhalt und Umfang der Beweisverhandlungen) richtet ſich nach dem, was von uns unter lit. B. und C. bemerkt worden iſt. Hienach wird insbeſondere in der Regel bei einer Reviſion gegen ein von der Anklage freiſprechendes Erkenntniß die Verhandlung eine ziemlich umfangreiche ſein, der Reviſionsgrund ſei, welcher er wolle.

5) Nachdem der Gerichtsvorſtand das Beweisverfahren für geſchloſſen erklärt hat, folgen die Vorträge des Geſuchſtellers und des Gegentheils auf Grund der Reſultate, welche das Beweisverfahren geliefert hat, wie im gewöhnlichen Verfahren. Hier wäre es vielleicht zweckmäßig, die Staatsbehörde immer zuerſt ſprechen zu laſſen; — jedenfalls ſollte dem Angeklagten das letzte Wort gegeben werden.

6) Das Verfahren zur Bildung des Urtheils iſt natürlich ſehr verſchieden, je nachdem das Gericht ein Schwurgericht oder ein Zuchtpolizeigericht iſt. Indeſſen können auch hier die für das gewöhnliche Verfahren geltenden Beſtimmungen ohne ſehr bedeutende Modifikationen in Anwendung gebracht werden. Bei den Zuchtpolizeigerichten iſt die Sache ohnedies ſo einfach, daß es keiner weiteren Erörterung

bedarf. Aber auch bei den Schwurgerichten ſcheinen uns die gewöhnlichen Beſtimmungen anwendbar zu ſein. Der Präſident hält ſeinen Vortrag an die Geſchwornen und theilt ihnen die von ihnen zu beantwortenden Fragen mit. Der Inhalt der Fragen geht auch hier auf nichts Anderes, als darauf, ob der Angeklagte des fraglichen Verbrechens (in der fraglichen Weiſe) ſich ſchuldig gemacht habe. Es wird bei der Frageſtellung und bei der Beantwortung der Fragen durch die Geſchwornen gerade ſo verfahren, als ob über die Sache zum erſten Male abzuurtheilen wäre.

7) Nachdem der Wahrſpruch dem Angeklagten verkündet worden, erfolgen die Vorträge der beiden Parteien über die Straffrage ebenfalls in der gewöhnlichen Weiſe.

8) Hierauf begibt ſich der Gerichtshof in ſein Berathungszimmer zur Bildung und Abfaſſung des Endurtheiles [1]).

IV. Die Entſcheidung kann nach Maaßgabe des Verhandlungsreſultates (reſp. des Wahrſpruches der Geſchwornen) eine doppelte ſein; ſie lautet entweder

a) auf Verwerfung des Reviſionsgeſuches und Beſtätigung des angefochtenen Urtheils, oder

b) auf Vernichtung dieſes Urtheils und nach Lage der Sache auf Freiſprechung (von der Anklage oder von der Strafe) oder auf Zuerkennung einer beſtimmten Strafe.

Mit dieſer Hauptentſcheidung ſind natürlich auch die Entſcheidung über den Koſtenpunkt und ſämmtliche aus der Beſchaffenheit der Hauptentſcheidung ſich von ſelbſt ergebenden Verfügungen zu verbinden, z. B. die Freilaſſung oder Verhaftung des Angeklagten, Freilaſſung oder Verhaftung von Zeugen oder Richtern, wenn die Reviſion auf Grund der meineidigen Depoſition eines Zeugen reſp. auf Grund der Beſtechung eines Richters geltend gemacht worden war u. ſ. w. —

1) Nach dem Zürcher Geſ. §. 174 „werden, wenn die Wiederherſtellung erkannt wird, die Verhandlungen, auf welche das angefochtene Urtheil ſich gründet, vor dem Gerichte, welches daſſelbe ausgefällt hatte, wiederholt und es gelten hiefür die gleichen Vorſchriften, wie für das urſprüngliche Verfahren.“

II. Abſchnitt.

Rechtsmittel im Kontumazialprozeß.

I. Kapitel.

Hiſtoriſche Einleitung [1]).

§. 83.

I. Römiſches Recht.

Es iſt von Wichtigkeit, nicht blos das im Falle des Ungehorſams übliche Verfahren des erkennenden Gerichtes, ſondern auch jene Maaßregeln zu erörtern, welche dem Ungehorſame vorbeugen ſollten [2]).

Solche Maaßregeln finden ſich ſchon zur Zeit des Komitialprozeſſes, d. i. zu der Zeit, als noch die Volkskomition ſelbſt Kriminaljurisdiktion übten. Der magistratus, welcher die Anklage erhoben, konnte ſofort nach Feſtſtellung des Verhandlungstages von dem Angeklagten Sicherheitsleiſtung (Bürgſchaft) für deſſen Erſcheinen an dem beſtimmten Tage verlangen, oder auch nach ſeinem nur durch das Interzeſſionsrecht der Tribunen beſchränkten Ermeſſen proviſoriſche Haft eintreten laſſen [3]).

Wenn der Angeklagte dennoch am beſtimmten Tage vor dem comitium nicht erſchienen war, ſo kam es darauf an, ob derſelbe freiwillig in's Exil gegangen war oder ſich entſchuldiget hatte oder endlich einfach nicht erſchienen war.

Erſteren Falles erfolgte gewöhnlich nach der Erklärung der Rechtmäßigkeit des Exiles außer der Inſtikation der etwaigen Kautionsſumme die aquae et ignis interdictio, im zweiten Falle hatte der

1) Dieſe Einleitung konnte mit dem I. Abſchnitte der erſten Abtheilung nicht verbunden werden.

2) Wir folgen hierin im Weſentlichen der bekannten Monographie von G. Geib „Geſchichte des römiſchen Kriminalprozeſſes bis zum Tode Juſtinian's" Leipzig 1842, indem dieſelbe, ſowohl was Zuverläßigkeit als auch Ausführlichkeit der Unterſuchung betrifft, wenigſtens bezüglich der hier vorliegenden Fragen nichts zu wünſchen übrig läßt.

3) Geib a. a. O. S. 117.

klagende magistratus die Entschuldigung zu prüfen; im dritten Falle endlich erfolgte in der Regel die sofortige Abstimmung über den Strafantrag des magistratus sammt Publikation des Vermögens des contumax und vielleicht aquae et ignis interdictio[1]). Die Wahl des Exils konnte aber auch nach bereits begonnener Verhandlung, nur nicht nach dem Ausspruche des Urtheils vorgenommen werden, und der Abwesende galt auch in diesem Falle nicht als contumax[2]). Da jedoch in der Regel jede Strafsache in den Komitien an einem und demselben Tage begonnen und durch Urtheil beendiget wurde, so konnte dies wohl nur selten, nämlich im Falle einer ampliatio (d. i. für den Komitialprozeß eine Vertagung[3]) vorkommen.

Ob und inwieferne eine Anfechtung des Kontumacialurtheiles von Seite des Angeklagten nach seiner Rückkehr möglich gewesen und wie hiebei verfahren worden sei, läßt sich bei dem Mangel von deßfallsigen Aufschlüssen in den Quellen nicht angeben.

War das Urtheil vom Volkskomitium selbst ausgegangen, so mochte eine Anfechtung wohl schwerlich statthaft gewesen sein; war es dagegen von einem magistratus gefällt worden, so dürfte die provocatio ad populum unter den gewöhnlichen Voraussetzungen und in den gewöhnlichen Formen zulässig gewesen sein[4]).

Im Quästionalverfahren d. h. im Verfahren vor den quaestiones perpetuae erscheint die Befugniß des Anklägers, den Angeklagten provisorisch verhaften zu lassen, bedeutend beschränkt, was seinen Grund zum Theil in der erhöhten Würde eines civis Romanus, zum Theil darin hatte, daß der Ankläger nunmehr nicht ein magistratus, sondern eine Privatperson war, die jedoch freilich gleichsam als gestor negotiorum publicorum angesehen wurde[5]). Ueberdieß tritt sie bei Anklagen gegen Personen höherer Stände in der milden Form der custodia libera auf. Ja es ist sogar höchst zweifelhaft, ob von solchen Angeklagten nur noch Bürgschaftsleistung gefordert werden konnte[6]).

1) Geib a. a. O. S. 130 ff.
2) Geib a. a. O. S. 120.
3) Geib a. a. O. S. 147 ff.
4) Geib S. 152 ff.
5) Geib S. 287.
6) Geib a. a. O. S. 287 Note 84.

Nimmt man hiezu noch das in weitester Ausdehnung geltende Recht, in's Exil zu gehen, so mochte es wohl häufig vorkommen, daß ein Ankläger seinen Angeklagten nicht vor Gericht bringen konnte.

War nun aber das Nichterscheinen des Angeklagten contumacia, d. h. weder ein gehörig entschuldigtes noch auch ein exilmäßiges, so galt das Folgende: Die Anwesenheit war schon bei der nominis delatio, also im Vorverfahren (Verfahren vor dem praetor, in jure im Gegensatze zu dem Verfahren vor den judices, in judicio als dem Hauptverfahren[1]) nothwendig, und die contumacia hatte hier die Fortsetzung des Verfahrens und möglicherweise den sofortigen Uebergang zu den Hauptverhandlungen zur Folge[2]).

Bezüglich des eigenmächtigen Ausbleibens in der Hauptverhandlung (in judicio) selbst d. h. nach der citatio ist es streitig, ob jetzt bloß aquae et ignis interdictio oder aber am Abende des fraglichen Tages (hora decima) die Verurtheilung in die beantragte Strafe ausgesprochen werden konnte. Wir lassen uns mit Geib durch die von diesem angeführten Beispiele zur Entscheidung für das letztere bestimmen, wiewohl die Annahme viel für sich hat, daß im Falle des Ausbleibens ohne legalen Hinderungsgrund die Wahl des Exils fingirt worden sei[3]).

Nach einer Verordnung des Augustus sollte im Falle der Abwesenheit des Angeklagten öffentlich votirt werden und zur Verurtheilung Einstimmigkeit der judices erforderlich sein.

Die Frage, ob gegen Kontumazialurtheile in dieser Periode provocatio zulässig gewesen, hängt von der Streitfrage ab, ob und inwieferne provocatio in dieser Periode überhaupt statthaft gewesen sei, bezüglich deren wir uns auf Seite Geib's schlagen, welcher sie regelmäßig bloß gegen Urtheile von Magistraten, nicht aber von einer quaestio perpetua annimmt[4]).

§. 84.

Fortsetzung: Die Kaiserzeit.

Ganz anders gestaltete sich nun aber das Verfahren in der Kaiserzeit. Diese Aenderungen hängen, sowie die Aenderungen

1) Geib a. a. O. S. 285.
2) Geib a. a. O. S. 272.
3) Geib a. a. O. S. 304.
4) Geib a. a. O. S. 387 ff.

im Strafprozeßrechte überhaupt, größtentheils mit dem durch die kaiſerliche Gewalt und das kaiſerliche Beamtenthum geförderten Hervortreten des Offizial- und des Inquiſitionsprinzipes zuſammen.

Wir finden nämlich jetzt, daß einerſeits gegen Abweſende leichter ein Prozeß eröffnet werden konnte als früher, und daß das ganze Verfahren einen viel ſtrengeren Charakter hatte, während andererſeits eine Verurtheilung des Abweſenden für unſtatthaft gehalten wurde. Bildete früher die Gegenwart des Angeklagten bei der nominis vel criminis delatio die Regel und mußte ihr eine citatio vorausgehen, ſo erſcheint erſtere jetzt, wenigſtens in der ſpäteren Kaiſerzeit, als Ausnahme und letztere als überflüſſig, wenn nicht gar als unzweckmäßig[1]). Das ganze Vorverfahren beſtand jetzt weſentlich in einer höchſt ſummariſchen „möglicherweiſe ſchon in wenigen Stunden, oder ſelbſt in einer noch kürzeren Zeit" beendigten Inſtruktion[2]), bei welcher dem Ermeſſen des inſtruirenden magistratus großer Spielraum gelaſſen war.

Namentlich ſind es aber die Maaßregeln zur Sicherung des Erſcheinens des Angeklagten vor Gericht, bezüglich deren in der Kaiſerzeit große Veränderungen vor ſich giengen. Vorerſt muß bemerkt werden, daß das Recht, durch die Wahl des Exils das weitere Verfahren abzuſchneiden, zugleich mit ſeiner Baſis, nämlich der großen Bedeutung des römiſch-republikaniſchen Bürgerrechts, ſpurlos verſchwunden iſt[3]). Die Pflicht des Erſcheinens und Redeſtehens vor Gericht war alſo jetzt eine unbedingte, kategoriſche; die im Voraus geſetzlich als rechtmäßig anerkannten Entſchuldigungsgründe allein wurden als zuläſſige Ausnahmen betrachtet. Die Eröffnung und der Fortgang des Prozeſſes hiengen alſo jetzt in keiner Weiſe mehr von dem Willen des Angeklagten ab; ſie galten jetzt als nothwendig.

Aus dieſer dem Officialprinzipe angehörigen Anſicht erklären ſich dann auch die verſchärften Maaßregeln zur Verhinderung der Flucht des Angeklagten. Es gab nunmehr nicht nur drei Arten von Gefangenſchaft, nämlich custodia libera, militaris und publica, ſondern die Verhaftung des Angeklagten bildete nachgerade die Regel,

1) Geib a. a. O. S. 551, 549.

2) Geib a. a. O. S. 560.

3) Geib a. a. O. S. 569.

zu welcher die Bürgschaftsstellung im Verhältnisse einer Ausnahme erscheint [1]).

Zu dieser theilweise mißbräuchlichen Ausdehnung der Untersuchungshaft auf fast alle Fälle kamen dann noch verschiedene Mißbräuche in Bezug auf die Behandlung der Verhafteten, so zwar, daß sich spätere Kaiser genöthiget sahen, hiegegen einzuschreiten. Beispielsweise mag angeführt werden, daß den in Untersuchungshaft Befindlichen schlechte Nahrung gereicht und Fesseln angelegt wurden; ja bei der custodia militaris wurde der Gefangene nicht selten mit den zu seiner Bewachung aufgestellten Soldaten oder öffentlichen Sklaven an den Händen zusammengeschlossen [2]).

Im grellen Widerspruche hiemit scheint nun der schon zur Zeit der klassischen Juristen in Geltung befindliche Grundsatz zu stehen, daß ein Abwesender nicht wegen des ihm zur Last gelegten Verbrechens verurtheilt werden dürfe: Divi Severi et Antonini Magni rescriptum est, schreibt Marcianus lib. 2 publicorum, ne quis absens puniatur; et hoc jure utimur, ne absentes damnentur: neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur [3]).

Dieser Grundsatz erklärt sich aus dem Inquisitionsprinzipe, dessen Konsequenz es ist, daß das Urtheil über die Schuld des Angeklagten auf wahrer Evidenz, auf klarer, materieller Wahrheit und voller Ueberzeugung des Richters beruhe, welche keinen erheblichen Zweifel duldet [4]). Daß hierin die ratio jenes Grundsatzes zu suchen sei, geht deutlich aus einer Stelle Ulpian's [5]) hervor, in welcher derselbe den Fall der absentia mit dem der bloßen suspicio zusammenhält und als ratio für beide Fälle den berühmten Ausspruch des Kaisers Trajan anführt: Satius est, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare.

Die ganze für die römischrechtliche Lehre vom Kontumacialprozeß überhaupt sehr wichtige Stelle lautet wie folgt:

Absentem in criminibus damnari non debere Divus Tra-

1) Geib a. a. O. S. 567.
2) Geib a. a. O. S. 563.
3) L. 1. pr. D. de requir. vel absent. damn. (48, 17.)
4) S. I. Abth. §. 23, 24 u. 25.
5) L. 5. pr. D. de poenis (48, 19.) —

janus Julio Frontoni rescripsit. Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari, D. Trajanus Assiduo Severo rescripsit: satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare. Adversus contumaces vero, qui neque denunciationibus, neque edictis praesidum obtemperassent, etiam absentes pronunciari opportet secundum morem privatorum judiciorum. Potest quis defendere, haec non esse contraria. Quid igitur est? melius statuetur, in absentes pecuniarias quidem poenas, vel eas, quae existimationem contingunt, si saepius admoniti per contumaciam desint, statui posse, et usque ad relegationem procedi: verum si quid gravius irrogandum fuisset, puta in metallo, vel capitis poenam non esse absentibus irrogandam.

Bei allen wahren Kapitalverbrechen alſo konnte, wie hieraus zu entnehmen, eine Verurtheilung wegen des Verbrechens, welches den Gegenſtand der Anklage bildete, im Falle der contumacia regelmäßig nicht ausgeſprochen werden. Ausnahmen hievon galten nur bezüglich einzelner Verbrechen.

Bei leichteren Vergehen aber, namentlich wenn darauf Geldſtrafen gedroht waren, fand dieſer Grundſatz keine Anwendung.

Indeſſen war die contumacia auch bei den ſchweren Verbrechen nicht frei von nachtheiligen Folgen, und verhielt ſich das Gericht keineswegs indifferent und bloß zuwartend gegen dieſelbe. Für's Erſte wurde das ganze Vermögen des contumax mit Beſchlag belegt und das Erforderliche angeordnet, daß dem Flüchtigen von ſeinen Schuldnern keine Zahlung geleiſtet, und auf dieſe Art ſeine Flucht gleichſam dotirt werde (ne per hoc fuga ejus instruatur).

Hierauf mußte der Angeklagte durch eine öffentliche Citation (edictis) zum Erſcheinen vor Gericht aufgefordert und falls man den Aufenthalt deſſelben wußte, an das Gericht des betreffenden Bezirkes ein Requiſitionsſchreiben (epistola publica) gerichtet werden, um deſſen Verhaftung und Auslieferung zu bewirken. Unſere Steckbriefe waren den Römern nicht bekannt. Vom Tage der Ediktalladung an hatte der Angeklagte ein Jahr Zeit, um ſein Nichterſcheinen zu entſchuldigen. Nach Ablauf dieſes Jahres ging dann, wenn der Angeklagte weder ergriffen noch freiwillig erſchienen war, die Beſchlagnahme in eine förmliche und unwiderrufliche Konfiskation des

Vermögens über, ohne daß aber hiebei ein Erkenntniß in der Strafsache selbst d. h. über den Gegenstand der ursprünglichen Anschuldigung gefällt worden wäre.

In leichteren Strafsachen dagegen konnte[1]) ohne Weiteres nach fruchtlosem Ablauf des Jahres die auf das zur Last gelegte Verbrechen gesetzlich gedrohte Strafe ausgesprochen werden, welchem Ausspruche indeß ein mehr oder weniger gründliches Beweisverfahren vorausgehen mochte.

Gestellte sich nun aber der Angeklagte später, so verblieb es zwar bei der Konfiscation des Vermögens, der Prozeß aber wegen der Anschuldigung begann von Neuem und es erfolgte nach Lage der Sache entweder ein verurtheilendes oder freisprechendes Erkenntniß[2]).

§. 85.

II. Deutsches Recht.

Es kann nachgerade nicht mehr bezweifelt werden, daß die Pflicht, einer in gehöriger Form ergangenen Ladung vor Gericht Folge zu leisten, auch schon in der ältesten Zeit des germanischen Rechts bestand, als die Ladung in den meisten Fällen noch Sache des Privatklägers (mannitio) war, wie die altrömische in jus vocatio. Die Verletzung dieser Pflicht, — der Ungehorsam hat in den deutschen Volksrechten Friedlosigkeit (Friedloslegung, Achtserklärung, extra sermonem (regis) ponere; utlagatus, exlex, forbannitus, wargus, botles hieß der Friedlose oder Geächtete) zur Folge[3]).

So heißt es in L. Sal. 59:

Si ille qui admallatur, ad nullum placitum venerit, tunc rex, ad quem mannitus est, extra sermonem suum esse dijudicet, ... et quicunque ei panem dederit aut in hospitium

1) Es heißt in L. 5. pr. D. statui posse, daher die Uebersetzung Geib's „sollte" (a. a. O. S. 599) etwas ungenau ist.

2) L. 2. 3. 4 §. 1 u. 2, L. 5 pr. D. de requir. vel absent. damn. (48, 17); L. 2 Cod. Theod. de accusat. (9, 1); L. 2 Cod. de requir. reis (9, 40); Nov. 134 cap. 13.

3) S. Wilda Strafr. d. Germ. S. 278, 190, 197, 209; Grimm R. A. S. 732 ff. u. S. 846; G. L. Maurer, Gesch. des altgerman. Gerichtsverfahrens S. 55.

collegerit, etiam si uxor ejus propria sit, 15 sol. culpabilis judicetur, donec omnia quae ei legibus imputantur, secundum legem componat.

Hienach war also der Ungehorsam ein eigenes selbstständiges Verbrechen und gehörte zu der Klasse der Friedensbrüche im eigentlichen Sinne des Wortes[1]).

Indessen war die Strafe der forbannitio oder Acht nicht sofort durch das Nichterscheinen auf die erste Ladung verwirkt. Zum Thatbestande des Ungehorsams (jactivus) gehörte vielmehr 1) eine mehrmalige, gewöhnlich dreimalige Vorladung (mannitio, admallatio)[2]) und 2) das solsadium oder, wie Gregor von Tours umschreibt, placitum usque ad occasum solis observare d. h. daß der erschienene Ankläger auf den Angeklagten bis Sonnenuntergang d. i. zu Ende des Gerichts gewartet habe und zwar an jeder der drei oder mehreren Tagfahrten[3]).

Nach fruchtlosem Ablaufe der gesetzlichen Frist erhielt sodann der Erschienene eine Urkunde über sein Erscheinen und das Ausbleiben des Gegners, ohne daß eine eigene Verurtheilung (des Angeklagten) ausgesprochen worden wäre.

Da jedoch eine solche Urkunde zur Exekution ermächtigte, so traten natürlich da, wo die Klage auf Entrichtung einer Buße gestellt war, außer der Achtserklärung wegen des Ungehorsams auch noch dieselben Folgen ein, wie im Falle einer wirklichen und förmlichen Verurtheilung in der Klagsache selbst.

Außerdem ist noch zu bemerken, daß die eingeklagte Buße mit jedem Ausbleiben an den verschiedenen Terminen zur Strafe um drei solidi stieg, und daß mit dem Verluste des Friedens oder der Acht stets die Konfiskation des ganzen Vermögens verbunden war[4]).

Indessen konnte die Achtserklärung und daher auch die Vermö-

1) Vgl. Maurer a. a. O. S. 55; Wilda a. a. O. S. 268: „Friedensbruch im eigentlichen Sinne ist eine Missethat, welche nach dem altgerm. Strafrechte Friedlosigkeit begründete."

2) Maurer a. a. O. S. 53 und über die Fälle, wo keine Vorladung nothwendig war S. 47.

3) Maurer a. a. O. S. 54. Ueber die Bedeutung und Etymologie von solsadire u. jactivus vgl. Maurer S. 49, S. 51 und J. Grimm R. A. S. 817 und 847. Vgl. auch Eichhorn a. a. O. §. 76 und 207.

4) Vgl. Maurer a. a. O. S. 53, 56; Grimm a. a. O. S. 846 u. 847.

genskonfiskation wenigstens in der ersten Zeit der Könige nicht vom Grafen, sondern nur vom Könige ausgehen[1]; — weßhalb denn auch der fragliche Fall zu diesem Behufe in letzter Instanz immer an den König selbst gebracht und der Angeklagte vor das Königsgericht geladen werden mußte[2].

Die Entschuldigungsgründe (Ehaften, sunnia, sonia, franz. essoines, impedimenta legitima, caussae sonticae, Säumniß) waren gesetzlich genau festgestellt, jedoch der Zahl und Art nach verschieden in den verschiedenen Volksrechten[3].

Ein Rechtsmittel gegen die Achtserklärung gab es nicht. Das einzige Mittel, sich aus der Acht zu ziehen, bestand in dem Aufgeben des Ungehorsams d. i. in dem Erscheinen vor Gericht. Mit der Aufhebung der Acht war aber wahrscheinlich die Zurücknahme der Vermögenskonfiskation verbunden.

Diese Einrichtungen erhielten sich im Wesentlichen unverändert bis zur Zeit des Sachsenspiegels[4]. Die wichtigsten Veränderungen, die wir in den Kapitularien finden, bestehen darin, daß nun sicherlich die Acht auch schon vom comes und allen mit Königsbann betrauten Beamten verhängt werden konnte[5], und daß diese erst nach einer Frist von Jahr und Tag vom Tage der letzten Vorladung an gerechnet eintrat. In der Zwischenzeit war das Vermögen des Ungehorsamen nur mit Beschlag belegt, welche Beschlagnahme durch das Erscheinen desselben aufgehoben wurde[6].

Besonders bemerkenswerth ist noch der in den Kapitularien mehrmals ausgesprochene Grundsatz, daß Abwesende nicht verurtheilt werden sollten (placuit, ut adversus absentes non judicetur). Die Auslegung dieser Stellen hat schon große Verlegenheit bereitet. Vielleicht dürfte das „non judicetur“ von dem Erkennen in der eigentlichen Klagsache zu verstehen sein, wonach dann ein Widerspruch dieser Vorschrift mit den Bestimmungen über die Strafen des Ungehorsams nicht vorhanden wäre[7].

1) Vgl. jedoch Eichhorn a. a. O. §. 207 a. E.
2) Maurer a. a. O. S. 56. Eichhorn a. a. O. §. 76.
3) Maurer a. a. O. S. 57. Grimm a. a. O. S. 847 ff.
4) S. Maurer a. a. O. §. 76 bis 79. Eichhorn a. a. O.
5) Maurer a. a. O. S. 93.
6) Maurer a. a. O. S. 92.
7) Vgl. indeß Maurer a. a. O. S. 94.

Nach dem Rechte des Sachſen- und Schwabenſpiegels muß der Angeklagte immer noch dreimal geladen [1]) werden, und zwar in Friſten von je 14 Nächten und nach dem Sachſenſpiegel von je 6 Wochen, wenn die Anſchuldigung gegen einen ſchöffenbar Freien wegen eines Kapitalverbrechens gerichtet war [2]).

Das Ausbleiben des Angeklagten auf die beiden erſten Ladungen hatte lediglich eine Geldſtrafe zur Folge [3]). War dagegen der Angeklagte auch auf die dritte Ladung nicht erſchienen, ſo wurde er des Ungehorſams für ſchuldig erkannt, und die nachtheiligen Folgen, welche hierauf geſetzt waren, gegen ihn verhängt. Hiezu war jedoch immer noch wie früher erforderlich, daß 1) der Ankläger die richtig geſchehenen Ladungen bewieſen und 2) die nach den verſchiedenen Rechten jetzt ſehr verſchiedene geſetzliche Zeit gewartet hatte, alſo das frühere solsadium. Auch mußte der Angeklagte in jedem Termine auf die gehörige Weiſe dreimal namentlich aufgerufen worden ſein [4]).

Eine Verhandlung der Klagſache ſelbſt und eine Verurtheilung in derſelben ſcheint nicht Statt gefunden zu haben. Der Art. 39 B. III. des Sachſenſpiegels, wonach der Kläger ſelbſtebent auf die Wahrheit der Klage ſchwört, ſpricht nicht vom abweſenden, ſondern von dem nicht antwortenden, aber gegenwärtigen Angeklagten [5]).

Die Strafe des Ungehorſams war die Verfeſtung [6]), deren wichtigſte Folgen darin beſtanden, daß der Verfeſtete von Niemand beherbergt, daß er vom Kläger außerhalb des Verfeſtungsbezirkes überall ergriffen und vor Gericht geſchleppt, daß er alsdann auch nicht gegen Bürgſchaft frei gelaſſen werden, daß er gleich dem auf handhafter That Ergriffenen ſich nicht durch Eid reinigen konnte und daß er im Falle der Ueberführung durch den Kläger ſtets am Leibe geſtraft wurde, ohne Rückſicht auf die Geringfügigkeit des Verbrechens.

Verſprach aber der Verfeſtete, ſich freiwillig vor Gericht zu ſtellen und erbot ſich zu Recht, ſo erhielt er vom Richter freies Geleit

1) Ueber die Art und Weiſe der Vorladung in dieſer Periode ſ. Maurer a. a. O. S. 203.

2) Maurer a. a. O. S. 208.

3) Maurer a. a. O. S. 211.

4) Maurer a. a. O. S. 213, 215.

5) Vgl. Maurer a. a. O. S. 217.

6) Ueber die Folgen der Verfeſtung ſ. Eichhorn a. a. O. §. 384. S. 722, 723.

und zog sich durch sein Erscheinen aus der Verfestung, so daß er nun auch wieder gegen Bürgschaft auf freiem Fuße prozessirt werden konnte.

Verblieb er im Ungehorsam, so mußte der Richter die Sache auf Antrag des Klägers an den höheren Richter und zuletzt an den König bringen, welcher dann die auf den betreffenden einzelnen Gerichtssprengel beschränkte Verfestung in die Acht[1]) oder Reichsacht verwandelte. Verblieb der Geächtete endlich auch in der Reichsacht Jahr und Tag ungehorsam, dann gerieth er in die Oberacht d. h. er wurde völlig rechtlos (vogelfrei), und man vertheilte ihm Eigen und Lehen d. i. alles eigene Vermögen ward konfiscirt, sein Lehen fiel an den Lehnsherrn zurück[2]).

In dem Kontumacialverfahren der westphälischen Vehmgerichte wurde, weil sie kaiserliche Gerichte waren, immer sofort die strengste Acht ausgesprochen[3]).

§. 86.

Fortsetzung: die Bambergensis und die Carolina.

Im Wesentlichen erhielt sich der beschriebene Kontumacialprozeß gleichförmig, so lange noch die Schöffengerichtsverfassung bestand. Wir finden ihn noch in seiner alten Form im Bamberger Stadtrechte und in der Bambergensis[4]).

Dem Kontumacialprozeß ist in der Bambergensis (Art. 229 — 242) ein eigener Abschnitt mit der allgemeinen Ueberschrift: „Wie man einen morder oder todtschlager in die mordtacht erkennen sol" gewidmet, und in den älteren Ausgaben derselben befindet sich zur Versinnlichung dieses Verfahrens ein besonderer Holzschnitt, der Erschlagene vor dem Richter und den Schöffen auf der Bahre lie-

---

1) „Der Ausdruck Acht wird," wie Eichhorn a. a. O. §. 384 Note a bemerkt, „im sächsischen Landrecht immer nur von der Reichsacht, nicht von der Verfestung des Richters gebraucht."

2) Vgl. Sachsenſp. I., Art 38, III. Art. 34, 24, 23; I. Art. 63, 66, 67, 68; II. 4, 9.

3) S. die fürchterlichen Achtserklärungsformeln bei Wächter Beiträge z. d. Gesch. S. 209 ff.

4) S. Döpfl „das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina. Heidelb. 1839. S. 131.

gend, der Gerichtsdiener (oder der Kläger?) neben der Bahre, den Stab in der Hand, und über dem Bilde die Inschrift:

Welcher unverursacht
Dise leich hat gemacht
Sol kommen in die mordtacht.

Ehe jedoch diese Mord- oder Oberacht ausgesprochen werden konnte, mußte immer noch der Beklagte vom Kläger gehörig beschrieen [1]), sodann dreimal in Zwischenräumen von mindestens vierzehn Tagen (man zählt jetzt nicht mehr nach Nächten) gehörig vorgeladen und im Rechttag selbst je dreimal namentlich aufgerufen worden sein, und mußte der Kläger auch an jedem Rechttag die gesetzliche Zeit (jetzt nicht mehr bis Abend, sondern bis Mittag) gewartet, sowie endlich auch nach Art. 239 seine Klage bewiesen haben. Die Achtserklärungsformel in Art. 241 hat viele Aehnlichkeit mit den entsprechenden Formeln der Vehmgerichte.

Als Entschuldigungsgrund führt Bambergensis Art. 240 lediglich „schwacheyt des leybs" an; indessen mögen wohl auch noch die übrigen Ehhaften des älteren Rechtes anerkannt worden sein.

Ob dieses Kontumacialverfahren und Kontumacialurtheil auf den Fall einer Tödtung beschränkt oder auch sonst anwendbar gewesen, ist mit Ausnahme der Landfriedensbruchfälle, wo sie jedenfalls statthaft war [2]), zweifelhaft.

Bemerkt muß aber noch werden, daß wenn gegen einen Bürger bloß Inzichten (indicia) vorlagen, er nicht in contumaciam geächtet werden konnte [3]).

In den Art. 242, 246, 247, 270 und 271 wird sodann angegeben, unter welchen Voraussetzungen und auf welche Weise ein

1) Wobei in der Regel ein „leybzeychen" z. B. die Hand des Getödteten erforderlich war; s. indeß Art. 230. Daher heißt dies Verfahren in der westphälischen Vehmgerichtssprache „Richten auf blickenden Schein". Dieses ganze Verfahren, wobei in früherer Zeit der Leichnam selbst vor Gericht geschafft wurde, ist nichts Anderes, als eine Erweiterung des Begriffes der handhaften That, und fand ebenso im Falle der Anwesenheit wie Abwesenheit des Thäters Statt, jedoch mit dem Unterschiede, daß ersteren Falles keine Acht ausgesprochen werden konnte.

2) Roßhirt Gesch. u. System III. S. 267.

3) Stobl a. a. O. S. 141.

Geächteter aus der Acht gethan werden könne[1]). Vor Ablauf eines Jahres soll der Todtschläger ohne Einwilligung des Anklägers nicht vergleitet werden, falls derselbe nicht etwa Nothwehr oder einen anderen Entschuldigungsgrund auszuführen hätte, in welchem Falle ihm das Geleit nicht versagt werden konnte. Nach Verscheinung eines Jahres erlangt der Geächtete, wenn er sich zu Buße und Besserung erbietet, Geleit, gleichviel ob die Freunde des Entleibten darein willigen oder nicht. „Doch sollen hiemit die boßhafftigen fürsetzlichen morder nit gemeint sein."

In die Carolina dagegen sind von allen diesen Bestimmungen der Bambergensis (Art. 229 — 242) nur die in den Art. 229 und 230 enthaltenen als Art. 149 übergegangen. Der Mordacht gedenkt die Carolina nur gelegentlich in der Lehre von der Tödtung[2]).

Die Carolina erkennt zwar Art. 155 die Acht als partikulares Gewohnsrecht, nicht aber als gemeines Reichsrecht an und enthält überhaupt gar keine Bestimmungen über das Verfahren gegen Abwesende, mit alleiniger Ausnahme der Bestimmung in Art. 206, daß die Güter des flüchtigen Uebelthäters vom Richter mit Beschlag zu belegen seien.

Das alte Kontumacialverfahren mit Bann oder Acht erhielt sich denn auch nur bei den allerschwersten Verbrechen und partikularrechtlich[3]), namentlich in Sachsen und selbst hier nur noch kurze Zeit, während die gemeinrechtliche Praxis sich an die Grundsätze des römischen Rechtes hielt, was ihr bei dem Schweigen der Carolina um so leichter möglich war.

---

1) Vgl. auch Roßhirt Gesch. u. Syst. III. S. 267; Geib VII. Beitr. zur Gesch. d. Quellen des d. Str. R., das Korrektorium zur Bamb. H. G. O. im Arch. d. Kr. R. 1845 S. 196 ff.

2) Art. 155. Es ist daher nicht richtig, wenn es in v. Jagemann's Criminallexikon s. v. „Abwesenheitsprozeß" S. 19 heißt, daß der Achtsprozeß „schon von der Carolina mit Stillschweigen übergangen" worden sei, sowie es auch nicht richtig ist, daß dieser Prozeß „eigentlich mehr aus der Mangelhaftigkeit des damaligen Gerichtswesens, als aus einem sicheren Rechtsgrundsatze hervorgegangen."

3) Ueber die Praxis in den verschiedenen Provinzen findet sich eine Zusammenstellung bei J. P. Kreß Comment. in. C. C. C. (Hannover 1736) ad Art. 155. Eine ausführliche Darstellung des noch im 17. Jahrh. in Sachsen üblichen Achtsprozesses liefert Carpzov in s. pr. rer. crim. quaest. 140 unter dem Titel: De banno ejusque processu usitato in foro Saxonico, vom Achtsprozeß."

§. 87.

III. Die gemeinrechtliche Praxis.

Schon die Carolina bezeichnet den deutschrechtlichen Achtsprozeß, wie bemerkt, im Art. 155, als lediglich partikulares Gewohnheitsrecht. Wir finden auch wirklich, daß schon vor der Carolina ein anderes Verfahren im Falle der contumacia des Angeklagten in Geltung war, als jener Achtsprozeß.

Was nämlich vorerst die Hauptquelle der gemeinschaftlichen Praxis in Deutschland d. i. die italienische Jurisprudenz betrifft, so bemerkt Julius Clarus, daß de jure communi und nach der communis opinio doctorum der contumax vom Richter nicht für geständig und überwiesen gehalten werden und es gegen ihn nicht bis zu einem verurtheilenden Erkenntnisse kommen dürfe; ja daß nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts in schwereren Kriminalsachen (quando pro crimine, de quo agitur, venit imponenda poena corporis afflictiva) lite non contestata im Falle der Abwesenheit des Angeklagten nicht einmal Zeugen abgehört werden sollen, und zwar selbst in dem Falle nicht, wenn zu besorgen wäre, daß die Zeugen in kurzer Zeit gar nicht mehr herbeizuschaffen und zu vernehmen seien (also nicht einmal in perpetuam rei memoriam) wie z. B. si testes sint senes vel valetudinarii vel in longinquas partes recessuri.

Wo es sich aber um ein Verbrechen handle, worauf nur die Strafe der Relegation oder eine noch geringere gedroht sei, da könne auch de jure communi der Abwesende verurtheilt werden.

In jenen schwereren Fällen dagegen dürfe gegen den contumax weiter nichts geschehen, als daß sein Vermögen vorläufig annotirt d. h. mit Beschlag belegt werde. Hierauf sei derselbe per edicta vorzuladen, damit er sich stelle und entschuldige, mit welcher Ladung Notifikation von der bonorum annotatio zu verbinden sei. Wenn nun der Angeklagte innerhalb eines Jahres vom Tage der Ediktalladung an sich stelle, und sich von dem ihm zur Last gelegten Verbrechen reinige, so sei derselbe nicht nur freizusprechen und in Frieden zu entlassen, sondern es sei ihm auch sein Vermögen zurückzustellen. Nach Ablauf dieses Jahres dagegen sei zwar der erscheinende Angeklagte immer noch mit seiner Vertheidigung zu hören und nach Befund der Sache freizusprechen, sein Vermögen aber könne ihm nicht

mehr reſtituirt werden, daſſelbe verbleibe vielmehr in poenam contumaciae dem Fiskus verfallen.

Daß dieſe Grundſätze ganz genau dieſelben ſind, welche wir oben als das juſtinianiſch-römiſche Recht kennen gelernt haben, bedarf wohl keiner weiteren Auseinanderſetzung. Zu allem Ueberfluße ſagt Clarus ſelbſt: Et haec omnia procedunt secundum dispositionem juris communis ut habetur in l. 1 ff. de requir. reis.

Es muß nun gewiß Staunen erregen, daß dieſe Grundſätze von den deutſchen Kriminaliſten adoptirt und in die deutſchen Gerichte eingeführt wurden, wenn man in den Schriften jener italieniſchen Juriſten angegeben findet, daß die Praxis der italieniſchen Gerichte nicht dieſes römiſchrechtliche, ſondern ein Verfahren beobachte, welches vorwiegend nach den Regeln des deutſches Achtsprozeſſes geformt iſt.

Während nämlich Karpzow in quaestio 140 den Achtsprozeß nur als ſächſiſches Partikularrecht, als gemeines Recht dagegen ein Verfahren darſtellt, welches verbotenus aus Julius Clarus[1]) und Damhouder[2]) geſchöpft iſt, — bezeugt eben jener italieniſche Juriſt unter Berufung auf Gandinus und Andere, daß es generalis consuetudo totius Italiae ſei, gegen Abweſende auch in den ſchwereren Fällen in der Anſchuldigungsſache vorzufahren, ſie für geſtändig und überführt zu halten, ſie in den Bann (die Acht) zu erklären und ſogar zum Tode zu verurtheilen[3]). Ueberdies fanden daſelbſt auch hinſichtlich der annotatio bonorum andere Grundſätze Statt, als die des römiſchen Rechts.

Wenn Clarus deſſenungeachtet behauptet: et haec practica, si bene consideretur, est in multis valde conformis disposition juris communis, ſo beſchränkt ſich dieſe Konformität im Weſentlichen doch darauf, daß ſich der Angeklagte (d. h. der Verurtheilte) innerhalb eines Jahres (post condemnationem) durch ſein Erſcheinen vor Gericht im Falle eines hierauf erfolgenden freiſprechenden Erkenntniſſes wieder in den Beſitz ſeines Vermögens ſetzen kann, daß

1) S. oben

2) Damhouder Praxis rerum criminalium (Antwerp. 1555) caput 28.

3) J. Clarus l. c. qu. 44 Nr. 4: Licet autem de jure communi (ut supra dixi) non possit absens definitive condemnari: tamen ex generali consuetudine etc.

jedoch nach Ablauf dieſer Friſt ſelbſt in dieſem Falle das Vermögen dem Fiskus verfallen bleibt und zwar in poenam contumaciae.

Zu dieſem Gemiſche von römiſchem und deutſchem Rechte kommt dann noch eine große Anzahl von Rechtsregeln, die ſich die italieniſche Jurisprudenz ſelbſt zu ſchöpfen gezwungen war.

Dieſe Zuthat bietet ein merkwürdiges Schauſpiel von Schwanken zwiſchen dem hier auf dem Unterſuchungsprinzipe beruhenden römiſchen Rechte, (wonach gegen den Abweſenden kein Strafurtheil gefällt werden ſoll, weil der Beweis der Schuld hier zu ſchwer ſei) und dem Verhandlungsprinzipe. Dieſes Schwanken zeigt ſich namentlich in der Beantwortung der Fragen, ob außer dem fingirten Geſtändniſſe[1]) noch Beweiſe der Schuld zur Verurtheilung nothwendig ſeien (nun quid ad hoc ut possit contumax condemnari et banniri requiratur quod ultra contumaciam sit etiam per legitimas probationes de ipso delicto convictus?), ſodann in wieferne von Seite des Richters gegen und für den contumax Zeugen ſowie auch andere Beweismittel von Amtswegen produzirt werden dürfen, endlich inwieferne gegen jenes fingirte Geſtändniß der Beweis der Unſchuld zuläßig ſei u. ſ. w.

Ein ähnliches Schwanken werden wir bei den Beſtimmungen des franzöſiſchen Rechts und der ihm nachgebildeten deutſchen Geſetzgebungen in dieſer Lehre wieder finden.

Obwohl nun aber in dieſem als praktiſch geltend dargeſtellten italieniſchen Kontumazialverfahren das deutſchrechtliche Element das überwiegende iſt, ſo können wir es doch nicht beklagen, daß die holländiſche und deutſche Jurisprudenz hier das jus commune d. i. das römiſche Recht und nicht die hauptſächlich deutſchrechtliche generalis consuetudo totius Italiae recipirt haben.

Dieſe generalis consuetudo beruht nämlich weſentlich auf dem Prinzipe der Fiktion des Geſtändniſſes des contumax, und iſt

1) Der Satz „contumax pro confesso habetur“ gehört ſelbſt dem Anklage- oder Verhandlungsprinzipe an. Ob er aber auf Rechnung des deutſchen Achtsprozeſſes geſetzt werden könne, iſt eine andere Frage, welche nach Obigem vielleicht mit mehr Grund verneint als bejaht werden kann, indem die contumacia im deutſchen Rechte als ein eigenes Verbrechen erſcheint, worauf die Acht erklärt wird, ohne daß es des wirklichen oder fingirten Beweiſes der Anklage bedürfte.

deßhalb sowie auch noch in anderer Beziehung mit dem Untersuchungsprinzipe in Widerspruch.

Insoferne nun in der folgerichtigen Entwickelung dieses Prinzipes ein Fortschritt zur begriffsmäßigen Gestaltung des Strafverfahrens enthalten ist, müssen wir dem zum römischen Rechte zurückgekehrten Kontumazialprozesse der gemeinrechtlichen deutschen und holländischen Praxis den Vorzug vor der italienischen einräumen.

Damhouder, Karpzow ꝛc. beurkunden in der That in der Lehre vom Kontumazialprozesse ein vollkommen richtiges Verständniß des Untersuchungsprinzipes, dessen unabweisliche Konsequenz es ist, daß nur auf wahren Beweis nicht auf Fiktionen Strafurtheile gebaut werden sollen.

Dieser Grundsatz findet sich sowohl bei Damhouder, wie bei Karpzow, Böhmer ꝛc. klar ausgesprochen. „Probationes in criminalibus debent esse luce clariores“ sagt Damhouder und probationes luce meridiana clariores fordert Böhmer in seiner observatio I. zu Karpzow's quaestio 140. Bloße Konsequenzen hievon sind die Sätze: per inquisitionem contra absentem non proceditur und contra absentem deveniri nequit ad sententiam definitivam sive condemnatoriam.

Karpzow führt überdies den obigen Grundsatz des kanonischen Rechts bezüglich der Zeugenvernehmung mit denselben Worten an, wie Julius Clarus.

Indessen bezieht sich alles dies auch bei Krapzow nur auf solche Verbrechen, welche mit einer poena capitalis vel corporis afflictiva bedroht sind, während die Strafe der Relegation und Geldstrafen auch gegen Abwesende ausgesprochen werden können.

Was dagegen jene schwereren Fälle betrifft, so bemerkt zwar Karpzow, daß aus der Flucht gegen den Flüchtigen eine nicht geringe Vermuthung der Schuld (praesumtio et suspicio criminis perpetrati haud levis contra fugientem nondum confessum) entstehe, und daß ebendeßhalb gegen ihn zu verfahren sei, allein er setzt dann ganz kategorisch hinzu: quod nullo alio modo fieri potest, quam annotatione et confiscatione bonorum. Mit diesem Schlußsatze ist nicht etwa bloß das gesagt, was das bekannte Sprichwort von den Nürnbergern behauptet, sondern es liegt darin auch noch

das, daß ein Spruch in der eigentlichen Untersuchungssache unstatthaft und nicht gebräuchlich sei.

Bezüglich der Annotation und Konfiskation führt Karpzow die Grundsätze des römischen Rechts an.

§. 88.

IV. Die deutschen Gesetzgebungen vor dem Jahre 1848.

Die deutschen Gesetzgebungen vor dem Jahre 1848 entfernten sich nicht nur von den richtigen Grundsätzen der früheren gemeinrechtlichen Praxis, sondern wichen auch unter sich vielfach von einander ab.

Sie bieten nicht nur das alte klägliche Schauspiel eines gänzlichen Mangels an Einheit und Einigkeit, sondern lassen überdies der früheren gemeinrechtlichen Praxis gegenüber insgesammt mehr oder weniger auch noch einen offenbaren Rückschritt in der folgerichtigen Entwicklung des Untersuchungsprinzipes erkennen. Von der Einen oder der Anderen der relativen Strafrechtstheorieen verführt, griffen sie in größerem oder kleinerem Maaße zur Fiktion des Geständnisses zurück und erlaubten sich noch in vielen anderen Stücken die gröblichste Mißachtung des obersten Grundsatzes des Strafprozeßrechtes überhaupt d. i. des Strebens nach materieller Wahrheit, welches durch das Prinzip der Gerechtigkeit geboten ist.

Es würde verhältnißmäßig zu viel Raum einnehmen, wollten wir uns in eine ausführliche Kritik aller vor dem Jahre 1848 erschienenen deutschen Gesetzgebungen einlassen. Einzelne ausgewählte Beispiele mögen genügen, um den Geist dieser legislativen Produkte zu charakterisiren.

Die preußische Krim.-Ordg. v. 1805 §. 574 schließt sich zwar insoferne der früheren gemeinrechtlichen Praxis an, als sie bei schwereren Verbrechen in der Regel keine Verurtheilung des abwesenden Angeklagten zuläßt und eine Verurtheilung nur da gestattet, wo die Strafe auch wirklich ganz oder theilweise vollstreckt werden kann, also namentlich bei Vergehen, die mit Geldstrafe bedroht sind.

Allein das Gesetz macht hievon ganz willkührliche Ausnahmen, insbesondere bei Hochverrath, Zweikampf und Bankrot, woraus, wie Mittermaier[1]) sehr richtig bemerkt, die größte Rechtsungleichheit

1) Deutsches Strafverfahren II. §. 211.

und Verletzung des allgemeinen Rechtsgefühles hervorgehen. Das Publikum wird es sicherlich für eine Ungerechtigkeit erklären, wenn gegen den flüchtigen Duellanten, der im Uebrigen der rechtschaffenste, ausgezeichnetste Mann sein mag, mit größter Strenge bis zum Todesurtheile vorgefahren wird, während der flüchtige Mörder nicht prozessirt werden darf.

In ähnlicher Weise erkennt das österreichische Gesetzbuch v. 1803 Art. 490 das Richtige als Regel an, macht aber dann hievon eben so willkührliche und verwerfliche Ausnahmen.

Besonders merkwürdig sind die Bestimmungen des bayerischen Strafgesetzbuches v. J. 1813 Thl. II. Art. 410—431 und Art. 465—466. Diese kehren geradezu die gemeinrechtliche Praxis um, indem sie bei Vergehen in der Regel kein Urtheil in contumatiam, wohl aber bei Verbrechen zulassen[1]). Wir müssen dies auf Rechnung der Feuerbachischen psychologischen Zwangstheorie setzen, welche um so größere Strenge der Strafe wie des Strafverfahrens gebietet, je schwerer das Verbrechen ist.

Insoferne Konsequenz eine Tugend ist, verdient also Feuerbach auch hier wieder unsere Anerkennung und Bewunderung. Die Folgerung muß aber zugleich mit ihrem Prinzipe fallen. Die auf das Prinzip der Gerechtigkeit gebaute Strafrechtstheorie führt zu anderen Bestimmungen.

Die größte Verschiedenheit herrscht sodann in den Bestimmungen darüber, welche Drohung der Ladung beizufügen, inwieferne dem Abwesenden ein Vertheidiger zu bestellen sei, endlich in Bezug auf die Anfechtung eines Kontumazialurtheils[2]) ꝛc. ꝛc.

§. 89.

V. Englisches Recht.

Der englische Kontumazialprozeß[3]) ist von einigen durch den Gerichtsgebrauch eingeführten Modifikationen abgesehen noch heut-

1) Dem bayerischen Gesetzbuche folgen im Wesentlichen selbst noch die Württembergische St.-P.-O. v. 1843 §. 457 ff. und die Badische St.-P.-O. v. 1845 §. 316 ff.

2) Vergl. hierüber Mittermaier d. Strafverf. II. §. 211 — Interessant für das frühere Recht und auch im Allgemeinen ist die Abhandlung v. G. A. Kleinschrod im (alten) Archiv des Crim.-R. I. Bd. (1798) 3. St. S. 124 ff.

3) Bracton de leg. et consuetud. angl. lib. III. de corona cap. III. 12. Blackstone Comment of Engl. law IV. cap. 24. Stephen „Handb.

zutage das altgermaniſche Ungehorſamsverfahren und führt ſelbſt den dieſem Verfahren entſprechenden Namen — process of outlawry (outlaw, utlagatus, exlex, fried- und rechtlos, Echter, bannitus, wargus). —

Wer der wiederholten Ladung vor Gericht nicht Folge leiſtet, der bricht den Frieden des Landes und ſtellt ſich ſelbſt außer Recht und Geſetz.

Die Achtserklärung erfolgt aber nach engl. Rechte erſt nach einer fünfmaligen fruchtloſen öffentlichen Ladung vor Gericht, und dieſen Ladungen gehen überdies noch mehrere einfache Vorladungen des sheriff voraus. Erſcheint aber der Angeklagte auf alle dieſe Vorladungen nicht, ſo wird er als outlawed erklärt und ebenſo betrachtet, wie wenn er durch Verdikt der jury überführt (convicted) worden wäre.

Was die Folgen der Achtserklärung betrifft, ſo iſt natürlich das alte ſtrenge Recht jetzt bedeutend gemildert. Es tritt zwar noch immer Vermögenseinziehung ein und der als outlawed Erklärte iſt der wichtigſten politiſchen und bürgerlichen Rechte verluſtig. Er kann weder in irgend einer Sache vor Gericht auftreten, noch auch als Geſchworner fungiren. Allein er darf auch, wenn er als contumax zum Tode verurtheilt iſt, nicht nur von einem Privatmanne nicht mehr ungeſtraft getödtet werden, ſondern er kann auch durch das Rechtsmittel writ of error leicht die Wiederaufhebung des Kontumazialurtheils erlangen.

Ueberdies iſt nach engliſchem Rechte das ſtrenge Ungehorſams-Verfahren nur bei den ſchwereren Verbrechen (treason und felony) anwendbar; bei misd emeanors dagegen wird keine conviction angenommen, wohl aber Verluſt des Vermögens und obiger Rechte verhängt.

---

des engl. Strafrechts und Strafverfahrens überſ. v. E. Mühry Gött. 1843 2. Abth. S. 447 ff. Mittermaier „das deutſche Strafverf. II. §. 212. Glaſer „das engliſch-ſchottiſche Strafverfahren.“ Wien 1850 S. 163 ff. Rüttimann „Ueber die engliſche Strafrechtspflege“ Zürich 1837 S. 70. Wir beabſichtigen hier natürlich keine ausführliche Darſtellung, die wir für überflüßig halten, — ſondern nur kurze Andeutungen.

2. Kapitel.

Der jetzige Rechtszustand.

§. 90.

I. Darstellung des geltenden französischen Rechts und der neueren deutschen Gesetzgebung.

1) Das französische Recht.

Das französische Recht[1]) kennt dreierlei Kontumazialverfahren, je nach dem die Sache eine Polizei-, Zuchtpolizei- oder Assisenstrafsache ist. Das Verfahren in den Fällen der ersten Art hat jedoch mit dem in den Fällen der zweiten Art große Aehnlichkeit. Die für beide gleichmäßig geltenden Grundsätze sind folgende:

1) Wenn der gehörig geladene oder benachrichtigte Angeschuldigte nicht erschienen ist, so wird die Anschuldigungssache gleichwohl verhandelt und zwar in den gewöhnlichen Formen, insoweit deren Anwendung bei der Abwesenheit des Beschuldigten geschehen kann.

2) Ueberdies findet auch weder die Aufstellung eines Vertheidigers noch die Vernehmung von Entlastungszeugen Statt.

3) Nach Beendigung des Beweisverfahrens wird in der Anschuldigungssache selbst ein Urtheil gefällt, welches, wenn dagegen kein Rechtsmittel rechtzeitig eingelegt wird, Rechtskraft erhält und einem nach rechtlichem Gehöre gefällten Urtheile gleichgeachtet wird.

4) Der Angeschuldigte hat gegen das in seiner Abwesenheit erlassene Urtheil das zwar suspensive aber nicht devolutive Rechtsmittel der Opposition oder des Einspruches, welches in Polizeisachen innerhalb 3 Tagen, in Zuchtpolizeisachen innerhalb 5 Tagen (von der Zustellung des Urtheils an) eingelegt werden muß; bei weiterer Entfernung ist die Frist länger.

5) Das rechtzeitig und in gehöriger Form eingelegte Rechtsmittel hat die Wirkung, daß das Polizei- resp. Zuchtpolizeigericht

---

1) Vergl. die Darstellungen des sog. Defautverfahren bei A. v. Daniels „Grundsätze des rhein- und franz. Strafverf. S. 243 ff. und bei Höchster „Lehrbuch des franz. Strafproz." §. 147 und 184 und §§. 310—314. — Morin Dict. du droit crim. s. v. „contumace" und „défaut."

das Urtheil einer wiederholten Prüfung unterwirft und nach Maßgabe der vom Opponenten vorgebrachten Einwendungen und vorgeführten Beweise ein zweites entweder abänderndes oder bestätigendes Urtheil spricht.

6) Die Opposition enthält aber von Rechtswegen (de droit) eine Vorladung zur nächsten Audienz; wenn nun der Opponent bei dieser abermals nicht erscheint, so wird die Opposition als nicht eingelegt betrachtet und das Kontumazialurtheil bleibt in Kraft, ohne daß gegen dasselbe noch einmal die Opposition eingelegt werden dürfte.

7) Das Rechtsmittel der Appellation dagegen steht dem Verurtheilten ebenso gegen das bestätigte Kontumazialurtheil, wie gegen das in der zweiten Verhandlung über den Anwesenden gefällte Strafurtheil zu. Das Gericht kann aber eine provisorische Verfügung treffen, deren Vollstreckung durch die Appellation nicht aufgehalten wird [1]).

Für das Verfahren in Assisensachen gelten folgende Grundsätze:

1) Wenn sich der Angeklagte nicht innerhalb 10 Tagen nach Zustellung des Verweisungsbeschlusses stellt, so erläßt der Assisenpräsident oder dessen Stellvertreter eine Vorladung mit der Drohung, daß der Geladene, wenn er sich nicht innerhalb 10 Tagen zu Recht füge, als rébelle à la loi erklärt, von der Ausübung seiner bürgerlichen Rechte suspensirt, sein Vermögen während des Kontumazial-Verfahrens sequestrirt, ihm jede gerichtliche Klage während dieser Zeit versagt, gegen ihn die gerichtliche Verfolgung fortgeführt werde und männiglich verpflichtet sei, seinen Aufenthaltsort anzuzeigen. Außerdem muß in dieser Ordonanz das fragliche Verbrechen angegeben und der Leibverhaftsbefehl enthalten sein.

2) Diese Ordonanz wird am folgenden Sonntage mit Trompete oder Trommel publizirt und sowohl an der Thüre der Wohnung des Angeklagten, als an der Thüre der Mairie und des Gerichtssaales angeheftet. Zugleich wird dieselbe durch den Generalprokurator oder dessen Substituten der Domänendirektion des Domizils des Angeklagten (zum Zwecke der Güterssequestration) mitgetheilt.

3) Nach fruchtlosem Ablauf einer Frist von 10 Tagen nach der

---

1) C. J. Art. 149, 150, 151; sodann Art. 186, 187, 188.

Publikation der Ordonanz kann zur gerichtlichen Verhandlung und Aburtheilung in contumaciam vorgeschritten werden.

4) Die Verhandlung findet in öffentlicher Sitzung, jedoch ohne Zuziehung von Geschwornen Statt. Es wird kein Bevollmächtigter (conseil) noch Vertheidiger (avoué) für den angeklagten contumax zugelassen. Wenn sich derselbe jedoch außerhalb des europäischen Territoriums von Frankreich befindet oder sonst außer Stand gesetzt ist, zu erscheinen, so dürfen seine Verwandten oder Freunde seine Entschuldigung führen und seine Abwesenheit rechtfertigen.

5) Hält der Gerichtshof die Abwesenheit für gerechtfertiget, so werden die Aburtheilung und Vermögenssequestration vertagt bis zu einem bestimmten Termin, dessen Festsetzung sich nach den Umständen richtet.

6) Abgesehen von diesem Falle wird sofort zur Vorlesung des Verweisungsbeschlusses und derjenigen Aktenstücke geschritten, welche den Nachweis liefern, daß die Vorladungsförmlichkeiten beobachtet worden seien, sowie derjenigen Aktenstücke, die sich auf den Thatbestand und die Thäterschaft beziehen[1]). Hierauf erfolgt nach Anhörung des Staatsanwalts der gerichtliche Ausspruch darüber, ob der Angeklagte als contumax zu betrachten sei. Ist die Instruktion gesetzwidrig, so wird sie für nichtig erklärt und deren Erneuerung vom ersten illegalen Akte an verordnet. Ist sie aber legal, so entscheidet der Gerichtshof über die Anklage selbst und die Civilansprüche. (Freisprechung oder Verurtheilung.)

7) Ist der Angeklagte verurtheilt, so werden von der Vollstreckung des Erkenntnisses an gerechnet, seine Güter als Güter eines Abwesenden betrachtet und verwaltet, und die Rechnung über die Sequestration wird denjenigen abgelegt, welche darauf ein Recht haben, wenn die Verurtheilung durch Ablauf der zur Reinigung von der Kontumaz gesetzten Frist unwiderruflich geworden ist. Ein Urtheilsauszug wird auf Betreiben des Generalprokurators binnen 3 Tagen nach der Verkündung vom Vollzieher der Strafurtheile an einen Pfahl angeschlagen, welcher mitten auf einem öffentlichen Platze in dem Hauptorte des Bezirkes zu errichten ist, in welchem das Verbrechen begangen worden. Ein gleicher Auszug wird in derselben

1) Dies hat die Praxis eingeführt. S. Höchster a. a. O. §. 312 Note c.

Frist dem Direktor der Domänen und Einregistrirungsgebühren an dem Wohnorte des Kontumazirten übersandt.

8) Der Kassationsrecurs gegen Kontumacialurtheile steht nur dem Generalprokurator (und der Civilpartei, soweit es sie betrifft) offen.

9) Während der Sequestration kann der Frau, den Kindern, dem Vater oder der Mutter des Angeklagten von der Verwaltungsbehörde Unterstützung bewilligt werden, wenn sie deren bedürftig sind.

10) Gestellt sich der Angeklagte freiwillig oder wird er vor Ablauf der Strafverjährungsfrist verhaftet, so wird das Kontumazialurtheil und das ganze seit dem Leibverhaftsbefehle (resp. Vorladung) gegen ihn stattgehabte Verfahren von Rechtswegen (de plein droit) vernichtet und es wird in der gewöhnlichen Form gegen ihn verfahren. (Wenn aber das Kontumazialurtheil von der Art ist, daß es bürgerlichen Tod zur Folge hat, und der Angeklagte erst nach Ablauf von 5 Jahren nach der Vollstreckung des K.-U. sich stellt oder verhaftet wird, so behält dieses Urtheil für die Vergangenheit die Wirkungen, welche der bürgerliche Tod in der Zwischenzeit zwischen dem Ablaufe der 5 Jahre bis zu dem Tage, wo der Angeklagte vor Gericht erschien, etwa nach sich gezogen hat.

11) Wenn bei der wiederholten Verhandlung (in ordinario) ein Zeuge nicht produzirt werden kann, so werden seine (aufgeschriebenen) Angaben in der Sitzung vorgelesen; dasselbe gilt von allen anderen Aktenstücken, die der Präsident für geeignet hält, über das Vergehen und die Schuldigen Licht zu verbreiten.

12) Wenn auch der Kontumazirte von der Anklage losgesprochen wird, hat er doch die durch seinen Ungehorsam veranlaßten Kosten zu tragen [1]).

Ein besonderes Rechtsmittel gegen das Kontumazialurtheil, wie die Opposition in den Zuchtpolizeisachen, gibt es also in den Assisenfällen gar nicht. So lange der Angeklagte contumax ist, will man ihm die Anfechtung des Urtheils (Nichtigkeitsbeschwerde durch einen Bevollmächtigten wäre allerdings möglich) nicht gestatten und zwar mit Recht; — gestellt er sich aber oder wird er gestellt, so kann es kein Rechtsmittel geben, weil für diesen Fall das Urtheil durch die Gestellung selbst ohne Weiteres ungiltig wird. Das Kontumazial-

1) C. J. Art. 465—478.

urtheil des Schwurgerichtshofes kann also nur von Seite der Staatsbehörde mit dem Kassationsrekurse auf gewöhnliche Art angefochten werden.

§. 91.

2) Die deutsche Gesetzgebung.

Die erste Strafprozeßordnung, wodurch nach den Märzereignissen des Jahres 1848 in einem deutschen Staate ein dem französischen ähnliches Strafverfahren eingeführt wurde, war die großherzogl. hessische St.-P.-O. v. 28. Oktober 1848, welche bekanntlich mit wenigen und unbedeutenden Modifikationen unter dem 14. April 1849 in Nassau publizirt wurde. Diese Gesetzgebung enthält keine wesentliche Abweichung von dem französischen Rechte; insbesondere findet sich auch in ihr die Bestimmung, daß bei dem Erscheinen des Angeklagten (Verurtheilten) vor Gericht das Kontumazialurtheil ipso jure („von Rechtswegen," de droit, d. h. ohne daß es eines Rechtsmittels oder einer besonderen Erklärung des Verurtheilten bedürfte) ungiltig werde[1]).

Die Bestimmungen des kurhessischen Rechts über das Ungehorsamsverfahren[2]) sind auch im Wesentlichen dieselben, wie die des französischen Rechts; es wird insbesondere auch nach ihm in den schwurgerichtlichen Fällen vom Schwurgerichtshofe gegen den contumax ein Urtheil in der Sache selbst ohne Zuziehung von Geschworenen, also über Schuld und Strafe gefällt. Es weicht aber in 2 wichtigen Punkten vom französischen Rechte ab. Für's Erste kann nämlich der Ungehorsame, es mag sich nun um eine niederstrafgerichtliche oder schwurgerichtliche Sache handeln, niemals freigesprochen, sondern er muß in allen Fällen verurtheilt werden; — und für's Zweite erklärt es das Kontumazialurtheil in den schwurgerichtlichen Fällen, wenn der Angeklagte sich später stellt oder gestellt wird, nicht für unbedingt und von Rechtswegen ungiltig, sondern nur dann, wenn der Angeklagte die Ungiltigkeit ausdrücklich verlangt, und der kur-

1) Vgl. das großherz. hess. Ges. Art. 213—245; das nassauische Art. 202—234.

2) Vgl. die §§. 55, 56, 57, 341 und 400—408 des Gesetzes v. 31. Okt. 1848 die Umbildung des Strafverf. betreffend und §. 43 des provisorischen Ges. v. 22. Juli 1851 abändernde Bestimmungen ꝛc.

heſſiſche Geſetzgeber geſtattet dem Verurtheilten für dieſe Fälle ebenſo das beſondere Kontumazialrechtsmittel der „Einſprache," wie für die niederſtrafgerichtlichen Fälle.

Was ſodann die bayeriſche Geſetzgebung betrifft, ſo weicht das Strafprozeßgeſetz vom 10. Nov. 1848[1]) nur in Einem weſentlichen Punkte vom franzöſiſchen Rechte ab, nämlich darin, daß es für die ſchwurgerichtlichen Fälle ebenfalls, wie das kurheſſiſche Recht, nicht die unbedingte Vernichtung des Kontumazialurtheils bloß durch das Erſcheinen des Verurtheilten vor Gericht annimmt, ſondern dieſe Vernichtung und den Eintritt des ordentlichen Verfahrens nur dann erfolgen läßt, wenn er ſich dem Urtheil nicht freiwillig unterwirft. Das bayeriſche Recht gibt aber dem Verurtheilten nicht das Rechtsmittel des Einſpruches, ſondern beſchränkt ſich darauf, — was freilich noch mehr Fürſorge für den Angeklagten verräth, als die kurheſſiſche Geſtattung der Einſprache —, demſelben bei der perſönlichen Urtheilsverkündung eröffnen zu laſſen, daß auf ſein Begehren ein neues ordentliches Verfahren ſtattfinden werde.

Vermöge der dermaligen bayeriſchen Strafgerichtsverfaſſung und der Beſtimmungen über die Kompetenz der Strafgerichte hat ſich die bayeriſche Geſetzgebung veranlaßt geſehen, viererlei verſchiedene Kontumazialprozeßarten einzuführen:

1) eine für die zur Kompetenz der Schwurgerichte gehörigen ſchwereren (d. h. mit Zuchthaus oder noch ſchwererer Strafe bedrohten) Verbrechen;
2) eine für die leichteren Schwurgerichtsfälle (Preßvergehen);
3) eine für die zur Kompetenz der Kreis- und Stadtgerichte gehörigen Verbrechen und
4) eine für die zur Kompetenz der Kreis- und Stadtgerichte gehörigen Vergehen. Die 3. Art hat indeſſen mit der 1. und die 4. mit der 2. große Aehnlichkeit.

Gegen die bezirksgerichtlichen Kontumazialurtheile hat der Verurtheilte das Rechtsmittel des „Einſpruches," und im Falle ſeines wiederholten Nichterſcheinens ſpricht das Gericht ohne Weiteres aus, daß es bei dem gefällten Kontumazialurtheil ſein Bewenden habe. Gegen dieſen Ausſpruch kann dann der Angeklagte die Berufung

1) Vgl. die Art. 275—296; die Art. 297—302; die Art. 340—355 und die Art. 356—358.

ergreifen, so daß ein Angeschuldigter, gegen den Verhaftung nicht begründet ist, wenn er vor dem Gerichte der I. Instanz nicht erscheinen will, sich nur zweimal kontumaziren zu lassen braucht, um dann mittels der Berufung seine Sache an das Appellationsgericht zu bringen. Dieses mit der Justiz sein Spiel treibendes und das Ansehen der Untergerichte nicht sehr förderndes Maneuver ist in Bayern schon zu wiederholten Malen vorgekommen[1]). —

Endlich dürfte noch besonders zu bemerken sein, daß sich jene oben zuerst angeführte, vom französischen Rechte abweichende Bestimmung des kurhessischen Rechts im bayerischen Rechte nicht vorfindet[2]).

Die braunschweigische St.-P.-O v. 22. Aug. 1849 stellt schon in ihrem allgemeinen Theile (§. 69) den Grundsatz auf, daß, wenn „der Angeklagte zu der Hauptverhandlung vorgeladen, jedoch nicht erschienen ist, das Erkenntniß, als ob er anwesend wäre, in der öffentlichen Sitzung mit Erfolg gegen ihn verkündigt werde." Dieser allgemeine Grundsatz wird sodann in §. 78 für das Verfahren vor den Stadt- und Amtsgerichten, in §. 94 (mit einer Modifikation) für das Verfahren vor den Kreisgerichten (entsprechend den französ. tribunaux de police correctionelle) und in §. 154 für das Verfahren in den dem Criminalsenate des Obergerichts überwiesenen Sachen (Schwurgerichtssachen) auf eine dem französischen Rechte ähnliche Art durchgeführt, für die letzteren Fälle aber mit der Abweichung, daß Geschworne mitwirken, wie sonst, und daß das Gericht die Sache auch aussetzen kann. Die Einsprache kennt das braunschweigische Recht nicht. Nur der öffentliche oder Privatankläger kann, wenn der Angeklagte wegen ihres Ausbleibens nach §. 79 freigesprochen worden ist, in den vor die Stadt- und Amtsgerichte gehörigen Strafsachen aus besonderen Gründen, welche dem Richter darzulegen sind und worüber dieser entscheidet, gegen das freisprechende Erkenntniß wiederholte Verhandlung und Aburtheilung verlangen. Der in contumaciam verurtheilte Angeklagte dagegen kann nur im Wege der Restitution (§. 173 und 174) ein neues (ordentliches) Verfahren erlangen. Außerdem steht ihm aber gegen das Urtheil auch die Rich-

1) Vgl. die Sitzungsberichte der bayer. Strafg. Bd. V. S. 79 ff.

2) Vgl. Ges. v. 10. Nov. 1848 Art. 290: „Ist der Angeklagte durch das Urtheil freigesprochen worden, so kann er wegen derselben That keinem weiteren strafrechtlichen Verfahren unterworfen werden;" ferner Art. 346 und 358.

tigkeitsbeschwerde zu. Diese beiden Rechtsmittel hat der in contumaciam Verurtheilte in allen Fällen.

Ferner ist bezüglich jener vor die Stadt- und Amtsgerichte gehörigen Strafsachen noch die durch §. 74 zum Theil im Interesse des Beschuldigten getroffene Bestimmung hervorzuheben, daß „bei allen mit Geldstrafe bedrohten Vergehen seine Verurtheilung sofort auf den Strafantrag erfolgt, ohne daß derselbe zuvor gehört wird."

Diese Verurtheilung ist jedoch eigentlich nur eine bedingte (und ist insoferne dem sogenannten Mandatsverfahren ähnlich), indem „in dem Erkenntnisse, welches dem Verurtheilten zu behändigen ist, zugleich ein Termin, nicht über 8 Tage hinaus, angesetzt wird, in welchem derselbe Einwendungen gegen die erkannte Strafe geltend machen und auf Zurücknahme oder Abänderung des Erkenntnisses antragen kann. Erscheint dann der Verurtheilte in diesem Termine, so tritt das in den §. 75 und 76 vorgeschriebene Verfahren ein; erscheint er dagegen nicht, so wird das Erkenntniß mit dem Ablaufe des Termines sofort vollziehbar.

Endlich findet sich in der braunschw. St.-P.-O. noch ein besonderer Abschnitt: „Von dem Verfahren gegen flüchtige Verbrecher," dessen Bestimmungen ebenfalls angeführt zu werden verdienen.

Wenn nämlich[1]) gegen eine Person die Einleitung des Hauptverfahrens verfügt, und diese Person ungehorsam ist, so wird nach braunschweigischem Rechte auf Antrag der Staatsbehörde bei dem zur Abgabe des Straferkenntnisses zuständigen Strafgerichte lediglich die vorläufige Beschlagnahme des Vermögens und die öffentliche Vorladung derselben verfügt, mit Bekanntmachung des Beschlusses auf Einleitung des Hauptverfahrens und mit der Verwarnung, daß, wenn sich der Geladene binnen 3 Monaten nicht stelle, dessen Vermögen mit Beschlag belegt und die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte ihm werde untersagt werden. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist werden diese Nachtheile auf Antrag der Staatsbehörde durch gerichtliches Erkenntniß verwirklichet. Ueber das Vermögen wird ein Kurator bestellt, und die Nutzungen werden nach Abzug der Prozeß-

1) Vergl. Thl. V. Tit. 4 §. 175—178. — Ueber die §§. 79 und 74 vergl. Degener „die größeren Justizorganisations-Gesetze für das H. Braunschweig ꝛc." 2. Bd. (den Kommentar enthaltend).

kosten und des den Angehörigen des Entwichenen zu reichenden Unterhaltes im gerichtlichen Depositum aufbewahrt.

Stellt sich der Beschuldigte, oder wird er ergriffen — gleichviel „wann" —, so wird das gewöhnliche Verfahren eingeleitet oder fortgesetzt und die Beschlagnahme, nöthigenfalls gegen Kaution, aufgehoben. Stirbt derselbe oder wird er für todt erklärt, so wird das Vermögen sammt Nutzungen dessen Erben ausgeantwortet. Dies gilt sowohl für die vor die Kreisgerichte als auch für die vor den Kriminalsenat des Obergerichts gehörigen Strafsachen.

In allen wichtigeren Punkten mit dem französischen Rechte übereinstimmend ist dagegen wiederum das württembergische „Gesetz über das Verfahren in Strafsachen, welche vor die Schwurgerichtshöfe gehören" v. 14. Aug. 1849[1]), insbesondere auch darin, daß das Kontumazialurtheil durch das Erscheinen des Verurtheilten vor Gericht „von Rechtswegen" ungiltig wird.

Die hannoverische St.-P.-O. von 1850[2]) gibt dem in contumaciam Verurtheilten in allen Fällen das Rechtsmittel des Einspruches innerhalb 3 Tagen nach Zustellung des Erkenntnisses.

Das preußische Gesetz v. 3. Mai 1852 enthält zwar Bestimmungen über das Verfahren und die Aburtheilung (der Anklagesache selbst) im Falle des Ungehorsams des Angeklagten, ähnlich den Bestimmungen des französischen Rechts (namentlich auch die Ungiltigkeit des Kontumazialurtheils bei dem Erscheinen des Verurtheilten vor Gericht); allein es läßt die Hauptverhandlung und die Aburtheilung „in der Regel" nicht zu. Wann dies ausnahmsweise geschehen soll, macht das Gesetz von dem Ermessen der Staats-Anwaltschaft abhängig[3]).

Die österreichische St.-P.-O. vom 17. Jänner 1850[4]) ließ die Vernichtung des Kontumazialurtheils und die Einleitung des ordentlichen Strafverfahrens nur auf ausdrückliches Begehren des erschienenen Verurtheilten und auch dann nur unter gewissen Voraussetzungen zu.

---

1) Vergl. die Art. 235—256.
2) S. §§. 160—166.
3) Vergl. die Art. 33—50.
4) §. 433 und 434.

Nach der neuen österreichischen St.-P.-O. vom 29. Juli 1853[1]) dagegen muß gegen jedes Kontumazialstrafurtheil bei dem persönlichen Erscheinen des Verurtheilten die Wiedereinleitung des ordentlichen Strafverfahrens stattfinden und ein neues Erkenntniß geschöpft werden.

Bemerkenswerth sind ferner die Bestimmungen des Zürcher St.-P.-G. von 1853[2]). Auch sie gestatten die Verhandlung und Aburtheilung über die Anklage in Abwesenheit des Angeklagten, wie das französische Recht. Sie erklären aber das Urtheil bei dem Erscheinen des Angeklagten nicht für von Rechtswegen ungiltig, sondern nur „auf sein Verlangen," jedoch ohne hiefür ein Rechtsmittel zu gewähren. Ueberdies enthält diese Gesetzgebung eine der oben angeführten kurhessischen ähnliche Bestimmung: „Ein freisprechendes Urtheil zu Gunsten eines flüchtigen Angeschuldigten dürfen sie nicht ausfällen, sondern es ist, wenn die Gründe für die Verurtheilung nicht genügen, die Sache solange, bis der Flüchtige sich stellt oder ergriffen wird, zu verschieben."

Diese Darstellung wird ohne Zweifel zur Kenntniß der deutschen Gesetzgebung in der fraglichen Materie genügen. Zum Schlusse wollen wir noch die höchst beachtenswerthen Bestimmungen des Entwurfes einer St.-P.-O. für das K. Sachsen (1853) anführen, indem diese hier einen von der übrigen deutschen Gesetzgebung völlig abweichenden Weg eingeschlagen haben: „Ist der Angeklagte unentschuldigt oder ohne genügende Entschuldigung außengeblieben und kann er auch nicht durch einen Vorführungsbefehl sofort erlangt werden, so ist die anberaumte Sitzung aufzuheben und von dem Gerichte selbst oder auf dessen Anordnung von dem Untersuchungsrichter das Nöthige wegen der Gestellung und, nach Befinden, wegen einstweiliger Aufbewahrung des Angeklagten zu verfügen.

Ist zu besorgen, daß die längere Aussetzung der Beweisaufnahme für die Ermittelung der Wahrheit nachtheilig sein würde und gleichwohl die baldige Gestellung des Angeklagten nicht zu erwarten, so hat das Gericht durch einen von ihm zu beantragenden Richter die Zeugen und Sachverständigen ausführlich und eidlich abzuhören,

1) §. 394. Vergl. A. v. Hye-Gluneck „die leitenden Grundsätze der österreich. St.-P.-O. v. 29. Juli 1853 S. 49 und 372.

2) §§. 175—178.

sowie sonst für Aufnahme des Beweises zu sorgen. Hierüber allenthalben ist ein ausführliches Protokoll aufzunehmen. Die Beweisaufnahme selbst erfolgt in Gegenwart des Staatsanwalts und des Vertheidigers, jedoch in nicht öffentlicher Sitzung. Hat der Angeklagte keinen Vertheidiger gewählt, so ist, und zwar ohne Unterschied des Verbrechens, gerichtswegen ein solcher zu bestellen" [1]).

Diese Bestimmungen gelten auch für das Verfahren vor den Einzelrichtern [2]). In dem diesem Verfahren gewidmeten Abschnitte findet sich aber eine der oben angeführten braunschweigischen (§. 74) ähnliche Bestimmung für die lediglich mit Geldbuße bedrohten Uebertretungen, wonach der Richter befugt ist, in diesen Fällen „die Geldstrafe sofort bei der Vorladung zum Termine zu bestimmen und dem Angeschuldigten in der Vorladung nachzulassen, dieselbe nebst den aufgelaufenen, in der Vorladung mit anzugebenden Kosten noch vor der Verhandlung an das Gericht zu bezahlen. Im Falle der Bezahlung ist der Termin als aufgehoben zu betrachten und bedarf es keiner weiteren Verhandlung. Wird die Geldstrafe nebst Kosten nicht bezahlt, so ist in dem Termine nach Art. 339 zu verfahren, der Richter aber im Falle einer Verurtheilung an die in der Vorladung bestimmte Strafe nicht mehr gebunden [3]).

§. 92.

II. Die Kritik und das Richtige.

Wenn man die so eben dargestellten Bestimmungen der französischen und neueren deutschen Strafprozeßgesetzgebung über das Kontumazialverfahren mit der geschichtlichen Ausbildung des Kontumazialverfahrens vergleicht, so drängt sich unabweisbar die Frage auf, ob wir zusammt den Franzosen mit jenen Bestimmungen nicht auf Irrwege gerathen sind.

Man wird zum Nachdenken über diese Frage insbesondere veranlaßt durch die Bestimmungen der Art. 234 und 235 der großherzogl. hessischen St.-P.-O. vom 28. Okt. 1848 und der damit

1) Art. 303 und 141.
2) Vergl. Art. 339.
3) Art. 337.

gleichlautenden Art. 223 und 224 der Nassauischen Strafprozeß-Ordnung vom 14. April 1849[1]), welche lauten, wie folgt:

Art. 223: Stellt sich der Angeklagte, gegen den eine höhere Strafe als Geldbuße oder Gefängniß erkannt worden ist, oder wird er ergriffen, so verliert das gegen ihn gefällte Kontumazialurtheil nebst dem vorausgegangenen Kontumazialverfahren von Rechtswegen[2]) seine Kraft. Es wird hierauf gegen ihn das gewöhnliche Verfahren mit der Zustellung des Verweisungsurtheils und des Anklageakts, insofern sie ihm nicht schon persönlich geschehen ist, begonnen. War jedoch der Angeklagte in Gemäßheit der Art. 109 oder 119 von dem Präsidenten bereits vernommen, so ist nur von diesem Akte an das gewöhnliche Verfahren einzuleiten.

Art. 224: Das kontradiktorische Verfahren kann durch die Anerkennung des Kontumazialurtheils von Seiten des Angeklagten nicht ausgeschlossen werden.

Die Nassauische Gesetzgebung[3]) kann bei der Aufstellung dieser und der in den Art. 202—222 enthaltenen Bestimmungen an alles Andere, nur nicht an deren praktische Bedeutung gedacht haben; sonst wäre die Aufstellung sicherlich nicht erfolgt!

Denn nach den angeführten Bestimmungen der Art. 223 und 224 wird in den Art. 202—222 ein bis zum Urtheile inclusive gehendes Strafverfahren angeordnet, welches in der Regel zwecklos, mithin eine bloße Zeit-, Mühe- und Kostenverschwendung ist! Oder

---

1) Diese Bestimmungen sind freilich nicht original, sondern wie wir gesehen haben, dem französischen Rechte entnommen. C. J. Art. 476. Vergl. Rogron „les codes français expliqués 3. ed II. part. Paris 1847 pag. 397.

2) de plein droit.

3) Dieselbe Bestimmung findet sich jetzt auch in der neuen österreichischen St.-P.-O. v. 29. Juli 1853, §. 394, während die St.-P.-O. v. 17. Jän. 1850 §. 433 und 434 die Giltigkeit des Kontumazial-Erkenntnisses von dem Willen des Angeklagten abhängen ließ. Vergl. darüber von Hye-Glunek „die leitenden Grundsätze der österreich. St.-P.-O. v. 29. Juli 1853." S. 48, 49 und 372. — Auch nach dem Preuß. Ges. vom 3. Mai 1852 Art. 44 muß „in allen Fällen, wenn der Angeklagte sich gestellt oder zur Haft gebracht wird, in der gewöhnlichen Weise zur Hauptverhandlung vor dem Schwurgerichte und zur Fällung des Urtheils geschritten werden;" — nur kommt es nach preuß. Rechte freilich in der Regel nicht zu einem Kontumazialurtheile; vergl. nämlich Art. 35.

was ist ein Strafverfahren Anderes, dessen Endurtheil vermöge gesetzlicher Bestimmung selbst in der Regel nicht vollstreckt werden kann?

Wir sagen in der Regel; denn die Freiheitsstrafen bilden heutzutage in den Strafgesetzbüchern aller civilisirten Staaten die Regel; von der Todesstrafe und anderen körperlichen Strafen gilt aber dasselbe, wie von den Freiheitsstrafen; es bleiben daher, wenn wir von den besonderen Standesstrafen, wie Dimission und Kassation absehen, nur die Geldstrafen übrig, welche, aber selbst diese nicht immer, auch gegen Abwesende vollstreckt werden können. Halten wir uns also an die Regel (Todesstrafe, Freiheitsstrafen und Ehrenstrafen), so sind hier nur 2 Fälle denkbar; entweder ist das Gericht des in contumaciam Verurtheilten habhaft oder nicht. Letzteren Falles wird die Vollstreckung nach einem bekannten Sprichworte von vorneherein unmöglich sein [1]), für den ersteren Fall aber wird sie durch das Gesetz aufgehalten, indem das Kontumazialurtheil ipso jure nichtig sein soll, es mag sich nun der Verurtheilte demselben unterwerfen wollen oder nicht [2]).

Die Zweckmäßigkeit dieser Bestimmungen nachzuweisen, möchte eine schwierige Aufgabe sein. Vielleicht gelingt es uns aber, einen Grund aufzufinden, durch welchen dieselben zwar keine Entschuldigung, aber doch eine Milderung des Urtheils erlangen könnten.

Fassen wir die Bestimmungen in den Art. 202—222 und in den Art. 223 und 224 als ein zusammengehöriges Ganzes auf, dann ist allerdings kein günstiges Urtheil möglich. Trennen wir aber die beiden bezeichneten Theile und betrachten jeden für sich ohne den anderen, so läßt sich über die Gesetzgebung kein so hartes Urtheil fällen. Was nämlich den ersten Theil (Art. 202—222) betrifft, so

---

1) Von der Todes- und den Freiheitsstrafen ist dies ohnehin klar; aber es ist auch schwer zu begreifen, wie man Ehrenstrafen gegen den Abwesenden auf eine für ihn, nicht bloß für seine unschuldigen Angehörigen empfindliche Art in Vollzug setzen wolle. Schon Kleinschrod im Archiv des Kr.-R. 1799 I. Bd. 1. St. S. 134 bezeichnet die Ehrenstrafen im Falle der Abwesenheit des zu Bestrafenden als unzweckmäßig.

2) Vgl. jetzt auch die Motive zum k. sächs. Entwurf S. 276. Die Nutzlosigkeit der Kontumazialverhandlung ist natürlich um so größer, wenn, wie dies in Frankreich (C. J. Art. 468) wenigstens streitig ist, die Verwandten nicht einmal präjudizielle Einreden (wie Verjährung, Amnestie u. dgl.) vorschützen dürfen. S. Höchster a. a. O. §. 312 Note b.

ſtimmt derſelbe im Weſentlichen mit dem franzöſiſchen Rechte und den meiſten übrigen neueren deutſchen Geſetzgebungen überein, daher dem naſſauiſchen Geſetzgeber hieraus kein beſonderer Vorwurf gemacht werden kann. Was ſodann den zweiten Theil (Art. 223 und 224) betrifft, ſo finden wir hierin, daß deſſen Verfaſſer ſowie auch der franzöſiſche und neuerlich der preußiſche und der öſterreichiſche Geſetzgeber um eine höchſt wichtige Einſicht in die Natur des Kontumazialprozeſſes und des Kontumazialurtheiles reicher war, als diejenigen Geſetzgeber, welche die Ungiltigkeit des Kontumazialurtheils nur dann eintreten laſſen, wenn der Verurtheilte dies ausdrücklich verlangt.

Es iſt nämlich ſchon von Mittermaier[1]) ausgeſprochen und aus mehreren Beſtimmungen ſowohl des franzöſiſchen Rechts als der (vormärzlichen) deutſchen Partikulargeſetzgebungen anſchaulich zu zu machen geſucht worden, „daß im Falle der Abweſenheit des Angeſchuldigten eine gründliche Unterſuchung nicht möglich ſei.“

Abſtrahiren wir vorläufig von jeder poſitiven Geſetzgebung und nehmen wir auch an, es geſchehe bei einer in Abweſenheit des Angeſchuldigten gepflogenen Unterſuchung und Beweisverhandlung alles was nur möglich, um die Wahrheit zu finden, — ſo werden wir dennoch behaupten müſſen, daß eine ſolche Unterſuchung und Verhandlung im Verhältniſſe zu der in Gegenwart des Angeſchuldigten gepflogenen Unterſuchung und Verhandlung eine höchſt dürftige und mangelhafte ſei.

Nehmen wir an, es würden in der öffentlich-mündlichen Beweisverhandlung nicht die Ausſagen der Zeugen aus den Vorunterſuchungsakten abgeleſen, ſondern die Zeugen vor dem erkennenden Gerichte, ſowie vor dem Ankläger und Vertheidiger ſelbſt vernommen und jedes Beweisſtück unmittelbar produzirt; nehmen wir an, es würde das Recht der Vertheidigung des Angeklagten im vollſten Maaße anerkannt und ausgeübt, — ſo fehlte doch noch immer ein Hauptſtück, ein weſentliches Erforderniß des wahrhaft kontradiktoriſchen Verfahrens, eines der wichtigſten Mittel zur Erforſchung und Erkenntniß der Wahrheit, es fehlte die perſönliche Gegenwart des Angeklagten.

1) Das deutſche Strafverfahren II., §. 210. S. 670.

Wollte man die Wichtigkeit dieſes Erkenntnißmittels in Abrede ſtellen, ſo würde man damit die Bedeutung des Prinzips der Unmittelbarkeit oder Mündlichkeit ſelbſt verkennen.

Bei einer richtigen Würdigung dieſes Prinzips muß zugeſtanden werden, daß es für die perſönliche Gegenwart des Angeſchuldigten bei der Beweisverhandlung wie bei der Voruntersuchung kein auch nur annäherungsweiſe Erſatz bietendes Surrogat gebe. Oder will man etwa das Geſtändniß der Schuld, welches in der Flucht des Angeklagten liege, als ein ſolches Surrogat betrachten?

Man bedenke, daß die Exiſtenz eines ſolchen Geſtändniſſes auf einer im Kriminalrechte überall unſtatthaften Fiktion beruht; daß in Wahrheit ein ſolches Geſtändniß gar nicht vorliegt. Uebrigens wenn auch zu der Flucht noch ein außergerichtliches oder ein in der Voruntersuchung abgelegtes, ſomit wirkliches Geſtändniß hinzukäme, ſo wäre dies doch noch immer kein Erſatz für die perſönliche Gegenwart des Angeklagten in der Beweisverhandlung und könnte überdies nicht in der Weiſe entſcheidend wirken, wie ein vor dem erkennenden Gerichte abgelegtes.

Sodann kann es Fälle geben, in denen zwar eine Schuld des Flüchtigen außer allem vernünftigen Zweifel iſt, nicht aber die Art und das Maaß der Schuld z. B. ob der Flüchtige ſich des Mordes oder bloß des Todſchlages ſchuldig gemacht, ob er als Urheber, Gehilfe oder bloß Begünſtiger ſchuldig ſei, ob er den ganzen Betrag oder nur einen Theil der entwendeten Summe geſtohlen.

§. 93.

Fortſetzung.

Die in der Natur der Sache liegende Unmöglichkeit einer vollſtändigen Unterſuchung bei der Abweſenheit des Angeklagten wird ſich nach der Verſchiedenheit der Fälle in verſchiedener Weiſe offenbaren.

Selbſt wenn wir aber auch zugeben, daß in manchen Fällen der Abweſenheit des Angeklagten deſſen Schuld nach Art und Maaß ebenſo genau und vollſtändig dargethan werden könnte, wie wenn derſelbe bei der Unterſuchung und Verhandlung gegenwärtig geweſen wäre, ſo litte das ganze Verfahren doch an einem Mangel, welcher, wenn auch vielleicht für den einzelnen vorliegenden Fall nur von formeller und untergeordneter Bedeutung, dennoch im Allgemeinen

vom Standpunkte des Unterſuchungsprinzipes aus als ein wesentlicher betrachtet werden muß. Denn wenn die perſönliche Gegenwart des Angeklagten bei der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, wie allgemein anerkannt iſt, ein weſentliches Erforderniß für das gehörig durchgeführte mündliche Verfahren iſt, und wenn die Mündlichkeit oder Unmittelbarkeit in dem Unterſuchungsprinzipe ihren Grund hat, ſo iſt doch offenbar dieſe perſönliche Gegenwart auch eine aus dem Unterſuchungsprinzip ſelbſt hervorgehende Nothwendigkeit. Die Hintanſetzung dieſes Erforderniſſes und die Statuirung eines Strafverfahrens, bei welchem die Erfüllung desſelben nicht möglich iſt, muß daher als ein Abfall vom Unterſuchungsprinzipe bezeichnet werden, welcher durch die wenigen und nicht im Voraus beſtimmbaren Fälle, in denen zufällig eine ebenſo vollſtändige Beweisführung wie in Gegenwart des Angeklagten geliefert wird, unmöglich gerechtfertiget werden kann[1]). Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur.

Die Einſicht hievon war es, welche die bezeichneten Geſetzgebungen zu der Beſtimmung veranlaßte, daß das Kontumazialurtheil „von Rechtswegen" ungiltig ſein ſolle, ſobald der Angeklagte ſei es freiwillig oder zwangsweiſe vor Gericht erſcheine, und daß das kontradiktoriſche Verfahren nicht einmal durch die Anerkennung des Kontumazialurtheiles von Seiten des Angeklagten ausgeſchloſſen werden könne. Nur freilich iſt es im höchſten Grade wunderlich, wie man bei dieſer Einſicht zu dem mehr erwähnten Reſultate gelangen konnte.

Anſtatt zu ſchließen: Ein Strafurtheil ſoll nicht gefällt werden ohne daß der erkennende Richter den Angeklagten geſehen und gehört hat; im Falle der Abweſenheit kann aber der erkennende Richter den Angeklagten weder ſehen noch hören; alſo ſoll auch kein Strafurtheil in dem bezeichneten Falle der Abweſenheit gegen den Angeklagten gefällt werden; — ſchließt der Naſſauiſche wie der franzöſiſche Geſetzgeber aus obigen Prämiſſen: alſo wird das gegen den Abweſenden gefällte Strafurtheil durch deſſen Erſcheinen vor Gericht von Rechtswegen annullirt.

1) Ganz richtig bemerken jetzt auch die Motive des k. ſächſiſchen Entw. S. 275: „Zunächſt wird durch das Kontumazialverfahren der Grundſatz des Unterſuchungsprinzipes, welches ſogar ein wirkliches Geſtändniß nicht unbedingt als vollbeweiſend betrachtet, verletzt."

Eine weitere Kritik der mehr erwähnten Bestimmungen dürfte hienach überflüßig sein.

Dennoch müssen wir es, wie schon bemerkt, als einen Fortschritt betrachten, daß sich das Untersuchungsprinzip gegen die Fiktionen des Contumacialurtheils siegreich erwiesen hat. Die Art und Weise aber, wie dieser Sieg offenbar wurde, ist gleichsam die Rache, welche das Untersuchungsprinzip an der Gesetzgebung für die Verkümmerung nahm, die ihm in dem Contumacialprozesse zugefügt wurde.

Die übrigen Gesetzgebungen [1]) mögen die Nutzanwendung hievon nicht versäumen! Denn wenn sie sich auch keines solchen Verstoßes gegen die Logik [2]) schuldig gemacht und keine solchen Bestimmungen aufgestellt haben, wie die Nassauische, so scheint doch der Grund hievon nur darin zu liegen, daß sie weniger Einsicht in das Wesen des Untersuchungsprinzipes besaßen, als diese.

Sie theilen mit ihr den Grund des Fehlers, d. i. den Contumacialprozeß, ohne ihn aber unschädlich zu machen. Sie erklären nämlich nicht, daß das Contumacialurtheil von Rechts wegen und ohne Ausnahme ungiltig sein solle, sobald das Gericht des Angeklagten habhaft geworden; sie erkennen die Einleitung des ordentlichen kontradiktorischen Verfahrens für diesen Fall nicht als nothwendig an; sondern sie machen in der Regel beides auch für die schwereren Fälle von dem Willen des Angeklagten abhängig [3]), und beschränken überdies die Anfechtbarkeit des Contumacialurtheiles in den leichteren Fällen noch durch eine bestimmte und zwar sehr kurze

1) Einen glücklicheren Fortschritt zum Richtigen hat das preuß. Gesetz v. 3. Mai 1852 im Art. 35 gemacht, indem es „in der Regel" kein Urtheil in contumaciam fällen läßt. Das Richtige selbst hat aber jetzt der k. sächs. Entwurf Art. 303 und 141.

2) Die neue Zürcher St.-P.-O. v. 1853 enthält dafür eine andere merkwürdige Bestimmung; nach §. 176 nämlich dürfen die Richter kein freisprechendes Urtheil zu Gunsten eines flüchtigen Angeschuldigten ausfällen, (sondern es ist, wenn die Gründe für die Verurtheilung nicht genügen, die Sache so lange, bis der Flüchtige sich stellt oder ergriffen wird, zu verschieben)." — Noch weiter geht, wie wir ebenfalls schon gesehen haben, das kurhessische Recht. Dieses verbietet nicht nur die Freisprechung, sondern gebietet geradezu für alle Fälle die Verurtheilung.

3) So z. B. das bayer. Gesetz v. 10. Nov. 1848 Art. 293 und die Zürcher St.-P.-O. §. 177.

Frist [1]), nach deren Ablauf die Anfechtung nur dann nachgeholt werden kann, wenn der Verurtheilte nachweist, daß ihm die Anfechtung innerhalb der Frist unmöglich gewesen.

Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß es nicht unsere Absicht sei, den übrigen deutschen Gesetzgebungen die Nachahmung der französischen anzuempfehlen, um in dem fraglichen Punkte den unabweislichen Anforderungen des Untersuchungs-Prinzipes nachzukommen. Wir haben vielmehr oben schon einen ganz anderen Weg angedeutet.

Bevor wir jedoch auf die nähere Bezeichnung desselben eingehen, ist es nothwendig, auf die neuere deutsche Gesetzgebung noch einmal einen prüfenden Blick zu werfen, insoweit sie den Bestimmungen des französischen Rechtes über die Contumacialprocedur gefolgt ist.

§. 94.

Schluß.

Wenn es schon in der Natur des Contumacialverfahrens selbst, als eines Verfahrens in Abwesenheit der Hauptperson des Drama's, liegt, daß dem Untersuchungsprinzipe in demselben nicht Genüge geschehen kann, — so finden wir dieses Prinzip in den bezeichneten positiven Gesetzgebungen noch weit mehr verkümmert und hintangesetzt. Diese Gesetzgebungen begnügen sich nämlich nicht mit dem natürlichen Mangel der Gegenwart des Angeklagten, sondern glauben auch noch die Zeugen und Sachverständigen aus dem Gerichtssaale verweisen zu müssen. Sie erklären dieselben gleichsam ebenso für abwesend, wie den Angeklagten und lassen deren Aussagen aus den Voruntersuchungsakten vorlesen [2]).

Ja noch mehr, die meisten nehmen wenigstens für die geringeren Fälle [3]) sogar von der offiziellen Bestellung eines Vertheidigers

1) z. B. nach dem bayer. Ges. v. 10. Nov. 1848 ist die Anfechtung des Kontumazialurtheiles bei den mit Todes-, Ketten- oder Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen an gar keine Frist gebunden; bei den zur Zuständigkeit der Schwurgerichte gehörenden geringeren Verbrechen und Vergehen an eine achttägige, bei den zur Zuständigkeit der Kreis- und Stadtgerichte gehörenden Verbrechen eine 30tägige, bei den Vergehen eine 8tägige. Vgl. die Art. 293, 294, 298, 347, 358 und 360.

2) S. z. B. bayer. Ges. vom 10. Nov. 1848 Art. 286, und das preuß. Ges. v. 3. Mai 1852 Art. 39.

3) Vgl. z. B. das bayer. Ges. v. 10. Nov. 1848 Art. 297, 345, 356.

Umgang und überlaſſen den Eintritt der Vertheidigung dem Zufalle, ja einige verbieten ſogar die Vertheidigung [1]).

Anſtatt alſo den Mangel, der nun einmal da iſt, ſo viel wie möglich auszugleichen, und alle zu Gebote ſtehenden Mittel, um die Wahrheit zu finden, anzuwenden, werden auch noch dieſe weggeworfen. Dies heißt doch in der That den Zahnſchmerz mit Kopfabſchneiden behandeln.

Man wird uns vielleicht entgegnen, der Flüchtige, der contumax habe kein Recht auf die fraglichen Wohlthaten des Geſetzes. Daß der Staat nicht geduldig zu warten habe, bis es dem Angeklagten beliebe, der Ladung des Gerichtes nachzukommen, daß er ſich dem Ungehorſam ſeines Angehörigen gegenüber nicht paſſiv und gleichgiltig verhalten könne, daß er vielmehr zu verſchiedenen Maaßregeln zum Nachtheile deſſelben berechtigt und verpflichtet ſei, darüber hegen auch wir nicht den leiſeſten Zweifel.

Allein wir halten die Maaßregeln unſerer Geſetzgebungen nicht für die geeigneten. Wir glauben nämlich nicht, daß der Ungehorſam des Angeklagten zu dem Schluße auf die Rechtfertigung eines Strafurtheiles berechtige, welches ſich auf eine Verhandlung gründet, bei der das Unterſuchungsprinzip ſo empfindlich verletzt wird. Probationes in causis criminalibus luce meridiana clariores esse debent!

Die Entſcheidung der Frage, ob der Angeklagte des ihm zur Laſt gelegten Verbrechens ſchuldig ſei oder nicht, kann von nichts Anderem abhängig ſein, als von einer unbefangenen und erſchöpfenden Erwägung aller auf das Verbrechen Bezug habenden Umſtände und Verhältniſſe, alſo auch nicht davon, ob der Angeklagte der Ladung des Gerichtes Folge leiſte oder nicht.

Dieſe beiden Fragen ſtehen von Natur aus nicht im Verhältniß von Grund und Folge zu einander, können alſo auch vernünftigerweiſe in einen ſolchen nicht gebracht werden.

Wir ſind vielmehr der Anſicht, daß die Maaßregeln zum Nachtheile des Ungehorſamen ſich nach der Natur dieſes Ungehorſams richten müſſen und aus ihr zu ſchöpfen ſeien.

---

1) z. B. das württemberg. Geſ. v. 14. Aug. 1849 Art. 239. Vgl. darüber auch L. v. Jagemann's Criminal-Lexikon fortgeſ. v. W. Brauer sub voce „Ungehorſam im Strafverfahren" S. 625.

Als ſolche in der Natur der Sache begründete und aus ihr geſchöpfte betrachten wir die Beſtimmungen des römiſchen Rechts und der früheren gemeinrechtlich deutſchen Praxis, wie ſie neuerlich wieder ihrem weſentlichen Inhalte nach von dem k. ſächſiſchen Entwurfe reſtaurirt worden ſind.

Nach unſerem Dafürhalten muß der Geſetzgeber von dem Grundſatze ausgehen, daß zur mündlichen Verhandlung und zur Aburtheilung über eine Kriminalanklage die Anweſenheit des Angeklagten abſolut nothwendig ſei. Jede Ausnahme von dieſer Regel ſcheint uns bedenklich.

Der erkennende Richter muß den Angeklagten ſelbſt ſehen und hören; es giebt für die Anweſenheit des Angeklagten kein Surrogat; nichts kann dem Richter das Selbſtſehen und Selbſthören des Angeklagten erſetzen. Auch die vollſtändigſte Verhandlung der Sache in Abweſenheit deſſelben und die beſte Vertheidigung nach dem Reſultate dieſer Verhandlung erſcheinen von dem höheren Standpunkte des allgemeinen öffentlichen Intereſſes als gefährlich. Für den Angeklagten möchte es in vielen Fällen beſſer geweſen ſein, wenn er bei der Verhandlung nicht zugegen geweſen wäre; — für den Zweck der Strafrechtspflege aber iſt ſeine Abweſenheit eine wahre Kalamität.

Wenn daher der Beſchuldigte durchaus nicht vor Gericht zu bringen iſt, ſo ſoll der Geſetzgeber auch von der Verhandlung und Aburtheilnng der Sache Umgang nehmen. Er kann dies auch um ſo leichter, als in dieſen Fällen das Anſehen der Geſetze und der Gerichte gar keinen Schaden leidet. Denn nur unter der Vorausſetzung, daß der Aufenthalt des Beſchuldigten dem Gerichte unbekannt iſt, alſo in der Regel nur im Falle ſeiner Flucht kann in Wahrheit geſagt werden, der Beſchuldigte könne durchaus nicht vor Gericht gebracht werden [1]). Wenn er ſich dagegen im Inlande befindet oder wohl gar am Sitze des Gerichts ſich aufhält und das Gericht, wie Jedermann dies weiß, gleichwohl aber derſelbe der gerichtlichen Ladung nicht Folge leiſtet, alſo nur widerſpenſtig und trotzig iſt, dann kann er vor Gericht gebracht werden, und nach unſerem Dafürhalten ſollte man in allen dieſen Fällen die Möglichkeit mittels zwangsweiſer Vorführung ohne Weiteres zur Wirklichkeit

1) Hier gilt dann das ultra posse nemo tenetur.

werden laſſen. Denn es iſt eine allgemeine Bürgerpflicht, der gerichtlichen Aufforderung zur Verantwortung wegen eines Verdachtes, ein Verbrechen begangen zu haben, Folge zu leiſten, — eine Pflicht, von deren, nöthigenfalls erzwungener, Erfüllung in der That das Anſehen der Geſetze und der Gerichte abhängig iſt.

Wir würden von obiger Regel (keine Verhandlung und Aburtheilung in Abweſenheit des Beſchuldigten) nur für die allerleichteſten Straffachen eine Ausnahme als zuläßig betrachten. Für die Fälle nämlich, wo auf das Vergehen nur eine Geldſtrafe bis zu einem gewiſſen Betrage oder ſubſidiär eine entſprechende Gefängnißſtrafe (Civilarreſt) gedroht iſt, ſcheint uns eine der oben angeführten Beſtimmung der braunſchweigiſchen Strafprozeßordnung §. 74 und des k. ſächſiſchen Entwurfes Art. 337 ähnliche Einrichtung ſehr zweckmäßig zu ſein.

Es liegt, wie Degener [1]) ſehr richtig bemerkt, eines Theils im Intereſſe der Angeklagten ſelbſt, wegen derartiger Wrogenſachen nicht zum Erſcheinen vor Gericht genöthigt zu werden, während anderen Theils mit dieſem Verfahren bedeutende Zeit und Arbeitskräfte geſpart werden, und endlich die größere Mehrzahl der in dieſen Sachen eingehenden Anklagen z. B. wegen Forſt-, Jagd-, Feld- und Polizeiwroggen, ſich auf amtliche Wahrnehmungen gründen. Was die Form dieſer Einrichtung betrifft, ſo geben wir der ſächſiſchen Beſtimmung den Vorzug vor der braunſchweigiſchen, indem es uns ſchicklicher zu ſein ſcheint, die Erlaubniß, durch Bezahlung der Geldſtrafe dem perſönlichen Erſcheinen vor Gericht und der weiteren Verhandlung über die Sache auszuweichen, in einer bedingten Vorladung, als in einem, wenn auch (faktiſch) nur bedingten, Erkenntniſſe zu ertheilen. Erſteren Falles braucht, wenn der Beſchuldigte nicht ſchuldig zu ſein glaubt und ſich im Termine vertheidigen will, nicht über die Richtigkeit eines Erkenntniſſes geſtritten, und im Falle der gelungenen Vertheidigung kein Erkenntniß zurückgenommen zu werden, wie nach der braunſchweigiſchen Beſtimmung.

Wenn nun aber in allen übrigen Fällen die Gegenwart des Beſchuldigten, wo dies möglich iſt, nöthigenfalls erzwungen wird, dann braucht man auch keine beſonderen Beſtimmungen über

1) a. a. O. S. 64.

die Art und Weise, wie gegen solche Angeklagte im Falle ihres ungehorsamen Ausbleibens zu verfahren und zu entscheiden sei, folglich auch keine Bestimmungen darüber, ob und in wie ferne solche (Kontumazial-) Entscheidungen anfechtbar seien: — man braucht für diese Fälle keinen Kontumazialprozeß, kein Kontumazialurtheil und kein Kontumazialrechtsmittel.

Ist dagegen der Aufenthalt des ungehorsamen Angeklagten dem Gerichte nicht bekannt, für welchen Fall wir uns der Kürze wegen des Ausdruckes „Flucht des Angeklagten" bedienen können, so sehen wir nicht ein, in wie ferne das Ansehen der Gesetze und Gerichte auch nur im Mindesten Schaden leiden könnte, wenn der Gesetzgeber für diese Fälle die Verhandlung und Aburtheilung der Klagsache suspendirt.

Er bleibt sich mit dieser Suspension vielmehr dem von ihm als obersten Grundsatz für das Strafverfahren anerkannten Untersuchungsprinzipe d. i. dem Streben nach materieller Wahrheit getreu, ohne dessen Hintansetzung die Aburtheilung in contumaciam nicht möglich ist.

Es kann vielleicht in diesem oder jenem Falle das eine oder andere Organ des Staates, welches zur Mitwirkung bei der Strafrechtspflege berufen ist, ein Vorwurf deßhalb mit Recht treffen, daß es nicht gelingt oder gelungen ist, den Angeklagten vor Gericht zu bringen; aber niemals kann vernünftiger Weise dem Gesetzgeber der Vorwurf gmacht werden, er habe durch jene Suspension verschuldet, daß die Strafrechtspflege in mehr oder weniger Fällen unwirksam gewesen sei; — man müßte denn behaupten wollen, daß die Verhandlung und Aburtheilung über die Anklage taugliche Mittel seien, um den Angeklagten vor Gericht zu bringen!

Durch das Verbrennen, Hängen oder Köpfen in effigie setzt der Gesetzgeber die Justiz kaum einer größeren Gefahr der Lächerlichkeit aus, als durch die Verhandlung und Aburtheilung in contumaciam, welche gerichtlichen Handlungen beinahe in allen Fällen der vor Gericht erschienene Angeklagte für null und nichtig erklären lassen kann, oder gar durch das Gesetz selbst für den Fall des Erscheinens des Angeklagten „von Rechts wegen" für nichtig erklärt werden.

Also auch für den Fall der Flucht des Angeklagten bedarf

es keines Kontumazialprozesses, keines Kontumazialurtheiles und keines Kontumazialrechtsmittels! —

Wir haben aber bereits oben bemerkt, es sei keineswegs unsere Meinung, daß sich der Staat im Falle des Ungehorsams des Angeklagten überhaupt, also auch im Falle seiner Flucht, indifferent und unthätig zu verhalten habe; er hat vielmehr strenge Maaßregeln zum Nachtheile desselben anzuordnen, und es fragt sich nur, welches die geeigneten Maßregeln seien. Wir glauben die Antwort auf diese Frage, wie ebenfalls schon oben bemerkt wurde, aus der Natur des Ungehorsams schöpfen zu sollen.

Der Ungehorsam, von welchem hier die Rede ist, ist nichts Anderes, als die Verweigerung der Erfüllung der allgemeinen Bürgerpflicht, der gerichtlichen Aufforderung zur Verantwortung wegen einer gegen den Ungehorsamen erhobenen Kriminalklage Folge zu leisten, — wozu in der hier in Frage stehenden speziellen Art des Ungehorsams nur noch das weitere Merkmal hinzukommt, daß sich der Ungehorsame der Möglichkeit einer zwangsweisen Gestellung durch die Flucht entzogen hat.

Wir glauben nun die Verweigerung dieser Pflichterfüllung für sich allein als ein strafbares Vergehen betrachten zu können, wie sie ja auch im altdeutschen Rechte als ein solches aufgefaßt worden ist, und wir halten die wirkliche Verhängung einer selbstständigen Strafe für dieses Vergehen für vollkommen gerechtfertiget. Worin soll nun aber diese Strafe bestehen? Es kann zunächst eine Geldstrafe verhängt werden; sie wird in der Regel, wenn auch nicht immer (exceptio caesarea), — vollstreckbar sein, selbst während der Fortdauer des fraglichen Ungehorsams. Stellt sich der Angeklagte später dem Gerichte, so kann dann bei Vermögenslosigkeit desselben als Surrogat der Geldstrafe eine entsprechende Gefängnißstrafe verhängt werden, und es steht nichts im Wege, diese Strafe für den gedachten Fall (eventuell) als subsidiäre in demselben Urtheile auszusprechen, in welchem die Geldstrafe zuerkannt wird.

Es versteht sich aber von selbst, daß dies sowie das Folgende die Konstatirung des fraglichen Ungehorsams zur Voraussetzung hat, und man wird auch nicht umhin können, für den Fall einer irrthümlichen Annahme des Ungehorsams dem Verurtheilten die Anfechtung des Urtheils zu gestatten, sowie wir auch eine

Vertheidigung gegen die Beschuldigung des Ungehorsams durch einen Stellvertreter für unbedingt zuläßig erklären[1]).

Die andere Maaßregel gegen den wirklich Ungehorsamen, dessen Gestellung auch nicht zwangsweise zu bewirken ist, hat nun aber nicht jenen einfachen Charakter einer bloßen Strafe, wie die Verhängung der Geldbuße resp. Freiheitsentziehung. Während nämlich die Strafe sich wesentlich und hauptsächlich auf etwas Vergangenes bezieht, tritt bei der anderen Maaßregel gerade der auf die Zukunft sich beziehende Zweck, den Angeklagten vor Gericht zu bringen, als die Hauptsache in den Vordergrund. Diese Maßregel ist die Suspension aller bürgerlichen (politischen und Privat-) Rechte des Angeklagten, worin die Beschlagnahme seines Vermögens insbesondere schon mit enthalten ist.

Die Rechtfertigung dieser zugleich als Strafe und Zwangsmittel zur Rückkehr des Angeklagten sich darstellenden Maaßregel liegt darin, daß der Genuß der bürgerlichen Rechte in einem Staate nur unter der Voraussetzung verlangt und gewährt werden kann, daß der Staatsangehörige der ersten Bürgerpflicht d. i. der Pflicht, einer von der rechtmäßigen Obrigkeit ergangenen Aufforderung zur Verantwortung wegen eines Verbrechensverdachtes Folge zu leisten, — nachkomme. Dadurch, daß er dies nicht thut, setzt er sich selbst aus dem Frieden (Rechtsschutz) des Staates; er hebt freiwillig seine rechtlichen Beziehungen zu der Staatsgemeinschaft auf; er tritt aus dem Verbande aus, jedoch — und dies ist das punctum saliens — ohne seinen Verbindlichkeiten Genüge geleistet zu haben, die ihm, während er noch Staatsangehöriger war, erwachsen sind.

Der Staat fordert nun aber und zwar mit Recht, daß er seinen Verbindlichkeiten Genüge leiste, und da der Staat die Person selbst nicht erreichen kann, so hat er das Recht, sich an dasjenige Attribut der Person zu halten, welches ihm erreichbar ist, d. i. an ihr Vermögen. Der Staat hat also nicht nur das Recht, dem Ungehorsamen die Ausübung aller politischen Rechte (im engeren Sinne des Wortes) zu nehmen, sondern er darf ihn aller rechtlichen Attribute, die

1) Wir haben natürlich auch nichts dagegen, wenn man das jener Strafe vorausgehende Verfahren (Ediktalladung, Konstatirung des Ungehorsams ꝛc.) Kontumazialprozeß und das Urtheil auf jene Strafe Kontumazialurtheil nennt.

ihm als Staatsangehörigen zukamen, entkleiden, er darf insbesondere sein Vermögen mit Beschlag belegen [1]).

Indessen ist wohl zu bemerken, daß diese Entziehung der bürgerlichen Rechte nur eine resolutiv bedingte, zeitweilige ist, daß sie wieder aufhört, sobald auch der Ungehorsam aufgehört hat, und somit der Angeklagte wieder in die Staatsgemeinschaft und zu seiner Pflicht zurückgekehrt ist.

Die dritte aus der Natur des Ungehorsams sich von selbst ergebende für den Angeklagten nachtheilige Folge ist die, daß während des Ungehorsams auch die Strafverjährung in Bezug auf die Hauptanschuldigung stille steht, — was übrigens genau betrachtet schon in jener allgemeinen Suspension aller bürgerlichen Rechte mit enthalten ist.

Endlich scheint es ganz zweckmäßig zu sein, einstweilen in geeigneter Weise, z. B. wie dies der sächsische Entwurf Art. 303 Abs. 2 anordnet, für die Sicherung der Beweise Vorsorge zu treffen, also namentlich (in Gegenwart des Staatsanwalts und eines Vertheidigers, jedoch nicht in öffentlicher Gerichtssitzung) Zeugen und Sachverständige (eidlich) zu vernehmen. Dies ist besonders für den Fall zu empfehlen, wenn, wie sich der sächsische Entwurf ausdrückt, „zu besorgen ist, daß die längere Aussetzung der Beweisaufnahme für die Ermittelung der Wahrheit nachtheilig sein würde, und gleichwohl die baldige Gestellung des Angeklagten nicht zu erwarten ist."

1) Der Ungehorsame als solcher ist also für den Staat nicht Rechtssubjekt; — wenn er aber gleichwohl nicht mehr vogelfrei ist, wie nach älterem Rechte, so daß er von Jedermann straflos verletzt oder gar getödtet werden könnte, so hat dies darin seinen Grund, daß das Recht der Reaktion gegen Unrecht überhaupt — abgesehen von den Fällen der erlaubten Selbsthilfe — ausschließlich dem Staate zusteht.

III. Abſchnitt.

Anfechtung gerichtlicher Handlungen vor dem Endurtheile.

§. 95.

In allen uns bekannten Strafprozeßrechten zerfällt das Verfahren in zwei ſowohl nach ihrem Zwecke, als nach ihrem Inhalte und ihrer Form weſentlich von einander verſchiedene Hauptabſchnitte, von welchen man den Einen Hauptunterſuchung, den anderen Vorunterſuchung nennen kann.

Das Ziel des Erſteren iſt das Endurtheil d. i. die Entſcheidung, ob der Angeſchuldigte des fraglichen Verbrechens ſich ſchuldig gemacht habe und ob und wie er zu beſtrafen ſei, zu welchem Behufe dem erkennenden Gerichte die Beweiſe gegen und für den Angeſchuldigten auf irgend eine Art (ſei es mündlich oder ſchriftlich, unmittelbar oder mittelbar, durch einen öffentlichen Beamten oder durch eine Privatperſon ꝛc.) vorgeführt werden müſſen. Immer enthält aber die Einleitung (Eröffnung) der Hauptunterſuchung eine mehr oder weniger beſtimmt formulirte Anklage gegen eine beſtimmte Perſon wegen eines beſtimmten Verbrechens, welche ſchon für ſich allein — auch abgeſehen von beſonderen poſitiven Beſtimmungen [1]) — für die dadurch betroffene Perſon ein höchſt empfindliches Uebel iſt.

Aus dieſem letzteren Grunde (im Intereſſe dieſer Perſonen) und weil es auch aus mehrfachen Rückſichten im Intereſſe des Staates liegt, daß nicht auf unbegründete Beſchuldigungen oder oberflächlichen Verdacht hin jene förmliche Anklage erhoben und die Hauptunterſuchung eingeleitet werden, — iſt es wenigſtens für die ſchwereren Fälle dringend geboten, der Einleitung dieſer Unterſuchung eine Unterſuchung darüber vorausgehen zu laſſen, ob ſo triftige Verdachtsgründe vorliegen, daß die förmliche Anklage als gerechtfertiget und die genaue Unterſuchung als nothwendig erſcheinen. Eine ſolche vorläufige Unterſuchung zu dem bezeichneten Hauptzwecke beſtand

1) S. z. B. bayer. Geſ. v. 10. Nov. 1848 Art. 59 und 63.

ſowohl im früheren als ſie im jetzigen deutſchen Strafverfahren beſteht, wenn auch die ſogenannte Generalunterſuchung nicht daſſelbe war, was im jetzigen Rechte die ſogenannte Voruntersuchung iſt.

Nachdem wir in den vorhergehenden beiden Abſchnitten erörtert haben, inwieferne das Hauptverfahren mit Inbegriff ſeines Reſultates d. i. des Endurtheiles Anlaß zu Beſchwerden bieten könne [1]), haben wir nun zu unterſuchen, ob und inwieferne eine gerichtliche Handlung, die zu jenem erſten Stadium des Geſammtprozeſſes gehört, Beſchwerden zu veranlaſſen vermöge.

Bei dieſer Unterſuchung gehen wir von der Vorausſetzung aus, daß am Schluſſe jenes vorbereitenden Prozeßſtadiums durch ein Gericht oder eine Gerichtsabtheilung in einer förmlichen Entſcheidung beſchloſſen und ausgeſprochen werde, ob gegen eine beſtimmte Perſon ein Strafverfahren und vor welcher Behörde es ſtattfinden ſolle.

Beſteht eine ſolche Einrichtung, wie wir ſie ſowohl im franzöſiſchen und neueren deutſchen [2]) als auch im engliſchen Rechte finden, dann handelt es ſich offenbar hauptſächlich darum, *ob und inwieferne dieſe Entſcheidungen am Schluſſe der Voruntersuchung anfechtbar* ſeien. An die Erörterung dieſer Frage mögen ſich dann einige Bemerkungen über die Statthaftigkeit von Beſchwerden gegen einzelne Handlungen des Unterſuchungsrichters im Laufe der Voruntersuchung anſchließen.

Bei der bezeichneten Hauptfrage muß nun aber natürlich *nach dem verſchiedenen Inhalte des Beſchluſſes* oder der Ent-

---

1) Wir glauben dieſe Frage in den beiden erſten Abſchnitten erſchöpfend beantwortet zu haben. Denn da die einmal begonnene Verhandlung bis zum Endurtheile in der Regel ununterbrochen fortgeführt werden muß, ſo wüßten wir — abgeſehen von dem Beſchluſſe auf Vertagung — nicht, wie zwiſchen den Anfang der Hauptverhandlung und das Endurtheil ein Rechtsmittel dazwiſchen kommen könnte. Die Anfechtung eines Vertagungsbeſchluſſes läßt ſich nur für den Fall denken, daß der Beſchluß eine zu große Friſt bis zur Reaſſumtion der Verhandlung feſtſetzen würde. — Was die Verurtheilungen von Zeugen und Geſchwornen zu Geldſtrafen u. dgl. betrifft, ſo iſt hierüber de lege ferenda in der That ſo wenig zu ſagen, daß wir ſie gerne mit Stillſchweigen übergehen. Beiſpiele von Anfechtung ſolcher Verurtheilungen ſiehe in den Sitzungsberichten der bayer. Strafgerichte Bd. IV. S. 166 u. 469.

2) Ueber das frühere Recht in Deutſchland ſ. *Mittermaier* das d. St. II. §. 135; *Heffter* Lehrb. §. 686.

ſcheidung unterſchieden werden. Dieſer Inhalt kann möglicherweiſe folgender ſein:

1) Einſtellung des Strafverfahrens — aus Mangel an hinreichenden Verdachtsgründen zur Verſetzung in Anklageſtand, oder weil die Handlung nach dem betreffenden poſitiven Rechte gar nicht ſtrafbar iſt, oder weil ein Strafausſchließungsgrund vorliegt (z. B. Verjährung, Mangel des erforderlichen Antrages des Beſchädigten).
2) Verweiſung der Sache an das Zuchtpolizeigericht zur Verhandlung und Aburtheilung.
3) Verweiſung der Sache an das Schwurgericht zur Verhandlung und Aburtheilung.
4) Verweiſung der Sache an eine Polizei- oder Disciplinarbehörde.
5) Zurückweiſung der Sache an den Unterſuchungsrichter zur Vornahme weiterer Unterſuchungshandlungen (Ergänzung der Voruntersuchung) [1]).

Zu 5) Wenn eine Ergänzung der Voruntersuchung angeordnet wird, ſo kann wohl von einem Rechtsmittel hiegegen nicht die Rede ſein, indem durch eine ſolche Anordnung in der Sache ſelbſt gar nichts entſchieden, ſondern die Entſcheidung nur vertagt wird [2]).

Zu 4) Bei der Verweiſung einer Sache vor eine Polizei- oder Disciplinarbehörde dagegen muß dem Staatsanwalte ein Mittel zur Anfechtung geſtattet ſein. Denn eine ſolche Verweiſung ſpricht der fraglichen Handlung die kriminelle Eigenſchaft ab und entzieht, wenn ſie irrthümlich iſt, den Schuldigen der verdienten kriminellen Behandlung.

Das Anfechtungsmittel kann, da es ſich hier um einen juriſtiſchen Fehler handelt, kein anderes ſein, als die Nichtigkeitsbeſchwerde, und der Zug kein anderer, als der gewöhnliche d. i. an das Appellationsgericht, an welches nach unſeren Vorſchlägen auch die Nichtigkeitsbeſchwerden gegen die Endurtheile (bezirks- und ſchwurgerichtliche) gehen.

---

1) Vergl. C. J. Art. 128—134. P. Bonnin „Comment. du C. J.“ pag. 159 ff. — Höchſter Lehrb. §. 91; bayer. Geſ. vom 10. Novbr. 1848 Art. 49; braunſchweigiſche St.-P.-O. §. 45 ff.

2) S. die Motive zum bayer. Geſ. v. 10. Nov. 1848.

Der Beſchuldigte braucht in dieſen Fällen die Beſchwerde nicht, weil die fraglichen Verweiſungen in der Hauptſache noch nichts für den Angeklagten Beſchwerendes enthalten.

Zu 3 und 2) Die Verweiſung einer Sache zur Verhandlung und Aburtheilung vor das Schwurgericht ſteht nach unſeren Vorſchlägen[1]) ebenſo der ſog. Rathskammer des Zuchtpolizeigerichts zu, wie die Verweiſung einer Sache zur Verhandlung und Aburtheilung vor das Zuchtpolizeigericht. Da nach dem franzöſiſchen doppelten Anklage-Behördenſyſtem die Rathskammer die Verweiſung vor das erkennende Gericht in den ſchwurgerichtlichen Fällen der Anklagekammer des Appellationsgerichtes überlaſſen und die Sache an dieſelbe verweiſen muß[2]), ſo kann natürlich nach franzöſiſchem Rechte und der ihm folgenden deutſchen Geſetzgebung von einer Anfechtbarkeit ſolcher Verweiſungsbeſchlüſſe der Rathskammer mit der Nichtigkeitsbeſchwerde nicht die Rede ſein, indem ja dieſe auch zu dem Appellationsgerichte führt, an welches die Sache ohnehin gelangt. Nach dieſen Rechten entſteht die Frage der Anfechtbarkeit eines Verweiſungsbeſchluſſes in den ſchwurgerichtlichen Fällen erſt, nachdem die Anklagekammer ihren Beſchluß gefaßt hat, und es findet nach denſelben, wenn der Beſchluß auf Verweiſung vor das Schwurgericht lautet, eine Nichtigkeitsbeſchwerde (in größerer oder geringerer Ausdehnung) an das Centralgericht (Kaſſationshof) ſtatt.

Nach unſeren Vorſchlägen entſteht die Frage der Anfechtbarkeit ſchon dann, wenn die Rathskammer die Sache für einen Schwurgerichtsfall hält; es entſteht die Frage, ob gegen einen Rathskammerbeſchluß auf Verweiſung einer Sache vor das Schwurgericht und ebenſo gegen einen ſolchen Beſchluß auf Verweiſung vor das Zuchtpolizeigericht ein Rechtsmittel ſtatthaft ſein ſolle.

Im franzöſiſchen Rechte vertritt die Anklagekammer die engliſche grand jury; nach unſeren Vorſchlägen ſoll dies die Rathskammer[3]) thun. Gegen den Ausſpruch der engliſchen Anklagejury „true bill“

1) I. Abth. S. 158. v. Stengel a. a. O. S. 29.

2) C. J. Art. 133, wenn auch nur ein einziges Mitglied der Rathskammer die Sache für einen Schwurgerichtsfall hält. S. P. Bonnin l. c. pag. 167. Vgl. bayer. Geſ. v. 10. Nov. 1848 Art. 49.

3) Freilich nicht eine bloß aus 3 Richtern beſtehende!

giebt es kein Rechtsmittel; gegen die Verweiſung vor das Schwurgericht durch die Anklagekammer geſtatten, wie bemerkt, ſowohl das franzöſiſche Recht, als auch die neueren deutſchen Strafprozeß-Ordnungen eine Nichtigkeitsbeſchwerde. Wenn wir nun daraus abſtrahiren, daß die letzteren Rechte in dem fraglichen Punkte für den Angeklagten mehr thun, als das engliſche Recht, ſo wird man vielleicht hie und da an dieſer Abſtraktion Anſtoß nehmen und behaupten, daß die große Jury der Unſchuld einen viel größeren Schutz verleihe, als eine Anklagekammer ſammt der Möglichkeit, den Kaſſationshof anzurufen.

Wir halten dieſe Behauptung für irrthümlich. „Es iſt in der That unbegreiflich", bemerkt Glaſer[1]), „wie die Anklagejury, ſelbſt in ihrer heutigen Zuſammenſetzung, für eine Schutzwehr des Angeklagten gehalten werden kann", — und man muß Glaſer vollkommen Recht geben, wenn man bedenkt, daß die Anklagejury nur den Ankläger und die Belaſtungszeugen hört, und daß vor dieſer Anklagebehörde die Intereſſen des Beſchuldigten in keinerlei Weiſe vertreten ſind; wenn man ferner bedenkt, daß ſelbſt der Ausſpruch „not a true bill" weder den Gerichtshof verpflichtet, den Angeklagten aus dem Gefängniſſe zu entlaſſen, noch auch den Ankläger hindert, die Anklage in einer folgenden Aſſiſe vor einer anderen grand jury zu wiederholen. Hält man dagegen die franzöſiſche Voruntersuchung, in welcher der Angeklagte bereits Alles, was er will, zu ſeiner Vertheidigung vorbringen kann, und bedenkt man, welches Material der franzöſiſchen Anklagebehörde überhaupt vorliegt, ſo dürfte man zu der Anſicht gelangen, daß die fragliche franzöſiſche Einrichtung ſelbſt nach Abzug des Rechtsmittels dem Angeklagten mehr Schutz gewähre, als die engliſche Einrichtung, — und bei aller Anerkennung der vielen Vorzüge des engliſchen Strafprozeßrechtes halten wir es doch für ein auf Gedankenloſigkeit und Unwiſſenheit beruhendes Vorurtheil, wenn man im Intereſſe des Angeklagten die betreffenden franzöſiſchen Einrichtungen durch die engliſchen erſetzt zu ſehen wünſcht.

Deſſenungeachtet halten wir es in Anbetracht deſſen, daß ein förmlicher Anklagebeſchluß (Verweiſung vor das Zuchtpolizei- oder

1) Das engliſch-ſchottiſche Strafverfahren, Wien 1850 S. 9. S. auch Mittermaier „das engl., ſchott. und nordamerikan. Strafverf. S. 275.

Schwurgericht) für den Angeklagten ein sehr empfindliches Uebel ist, für billig, zweckmäßig und nothwendig, daß demselben gegen einen solchen Beschluß ein Anfechtungsmittel gegeben werde. Es fragt sich nur, welches dieses Mittel sein, und aus welchen Gründen es gestattet werden solle.

Das französische Recht gibt sowohl dem Staatsanwalte als dem Angeklagten gegen die Rathskammerbeschlüsse die Berufung [1]) und gegen die Anklagekammerbeschlüsse die Nichtigkeitsbeschwerde, jedoch beiden Theilen und beide Rechtsmittel nur aus ganz speciell bestimmten, nicht sehr zahlreichen Gründen [2]).

Ohne uns bei dem Detail des in der fraglichen Beziehung sehr mangelhaften und zum Theil sehr kontroversen französischen Rechts unnützer Weise aufzuhalten und um unsere Ansicht kurz und geradezu auszusprechen, bemerken wir, daß uns die Bestimmungen des bayerischen Entwurfes einer Strafprozeß-Ordnung von 1851 Art. 375 über die Gründe, aus welchen die Anklagekammerbeschlüsse mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden können, sehr empfehlenswerth zu sein scheinen [3])

Hienach kann gegen die Anklagekammerbeschlüsse die Nichtigkeitsbeschwerde („bei dem Oberlandesgerichte") erhoben werden:

a) wenn die Anklagekammer nicht zuständig war;

b) wenn die Sache an eine nicht zuständige Behörde verwiesen wurde;

c) Wenn der Beschluß ohne vorgängige Vernehmung der Staatsanwaltschaft bei dem Kreisgerichte erlassen wurde;

---

1) Daniels a. a. O. §. 396 u. 397 nennt das Rechtsmittel „Berufung" und gibt diese auch dem Beschuldigten; Höchster dagegen a. a. O. §. 94 nennt es (in Uebereinstimmung mit dem Wortlaute des C. J. Art. 135) „Opposition" (welche aber „als eine Art von Berufung angesehen werden" könne) und spricht sie dem Beschuldigten ab, muß indessen zugeben, daß „dieser Satz sehr kontrovers sei."

2) S. Daniels a. a. O. §. 412, 416, 417, 418; Höchster a. a. O. §. 326; P. Bonin l. c. pag. 393; Rogron l. c. p. 369. — Morin Dict. s. v. „cassation" pag. 130. §. 1.

3) Bekanntlich wurde aber dieser Entwurf von der bayerischen Regierung freiwillig wieder zurückgezogen. Dem Vernehmen nach soll ein neuer (vollständiger) Entwurf ausgearbeitet worden sein.

d) wenn der Beschluß nicht die im Art. 363 Ziffer 1—4 bezeichneten Punkte enthält[1]);

e) wenn die Anklagekammer nicht gehörig besetzt war;

f) wenn an der Beschlußfassung ein Richter Theil genommen hat, welcher von der Ausübung des Richteramtes in der Sache ausgeschlossen oder dessen Ablehnung begründet gefunden worden war;

g) wenn in einem Falle, in welchem die Untersuchung nur auf Antrag des Beschädigten oder Beleidigten einzuleiten war, dieselbe dessenungeachtet ohne einen solchen Antrag eingeleitet, oder, nachdem der Antrag in zulässiger Weise zurückgenommen worden war, gleichwohl fortgesetzt wurde;

h) wenn der Beschluß auf einer unrichtigen Anwendung des Gesetzes bezüglich der Eigenschaft der That beruht;

i) wenn die strafrechtliche Verfolgung oder die Strafbarkeit der That bereits erloschen ist."

„In diesen Fällen" — so heißt es in dem darauf folgenden Artikel — „kann die Nichtigkeitsbeschwerde von der Staatsanwaltschaft unbedingt, von dem Beschuldigten aber nur dann erhoben werden, wenn die Verweisung vor das Schwurgericht oder zur Hauptverhandlung bei dem Bezirksgerichte erkannt worden ist. Sowohl von dem Staatsanwalte, als von dem Beschuldigten sind die Beschwerdepunkte bei der Anmeldung oder in der schriftlichen Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde bestimmt zu bezeichnen."

Wenn anstatt der Eingangsworte des Art. 375 cit. gesetzt würde: Gegen einen Beschluß der Rathskammer (oder Anklagebehörde) auf Verweisung einer Sache vor ein Schwurgericht oder Bezirksgericht kann die Nichtigkeitsbeschwerde bei dem zuständigen Obergerichte (Appellationsgerichte oder „Kreisgerichte") erhoben werden ꝛc. und bei lit. a und b anstatt „Anklagekammer" — Rathskammer, so wüßten wir an den angeführten Bestimmungen nichts weiter zu ändern, — denselben weder etwas hinzuzufügen, noch etwas wegzulassen; außer

1) Art. 363 lautet: „Der Beschluß über das Ergebniß der Voruntersuchung muß enthalten: 1) Vor- und Zunamen, Geburts- und Wohn- oder Aufenthaltsort, Stand, Gewerbe oder Beschäftigung des Beschuldigten, wenn ein solcher bekannt ist, 2) die Bezeichnung der That, 3) eine kurze Angabe der Gründe, 4) die Benennung der Richter, des Staatsanwaltes und des Protokollführers, welche in der Sitzung zugegen waren ....

der Empfehlung derſelben wüßten wir über ſie nichts Erhebliches zu bemerken.

Was den Ausdruck Nichtigkeitsbeſchwerde betrifft, ſo ſoll damit angedeutet ſein, wie die fragliche Anfechtung zu behandeln ſei; daß derſelbe richtig gewählt ſei, (daß das fragliche Rechtsmittel wirklich kein anderes ſein könne, als die Nichtigkeitsbeſchwerde), ergibt ſich daraus, daß die aufgeführten Gründe ſammt und ſonders nichts Anderes ſind als juriſtiſche Fehler und zwar theils errores in procedendo, theils in judicando[1]).

Es ließe ſich zwar auch ein Grund zur Beſchwerde gegen Verweiſungsbeſchlüſſe denken, welcher nicht die Behauptung eines juriſtiſchen Fehlers enthielte; es ließe ſich nämlich denken, daß der Beſchuldigte ſeine Beſchwerde darauf ſtützen wollte, daß nicht genug Verdachtsgründe vorlägen, um eine Verweiſung gerechtfertiget erſcheinen zu laſſen.

Wir finden dieſen Grund weder in dem Art. 375 cit., noch auch in dem entſprechenden Art. 66 des Geſ. vom 10. Nov. 1848[2]) angeführt, und dennoch wird man nicht leugnen können, daß der fragliche Grund nicht minder triftig ſei, als alle die im Art. 375 cit. aufgeführten Gründe.

Wie läßt ſich dies erklären? Aus dem Prinzipe der Mündlichkeit offenbar nicht, weil die Anklagekammer ihren Verweiſungsbeſchluß auf ein ſchriftliches Aktenmaterial (Voruntersuchungsakten) gründet, welches dem Oberlandesgericht auch zu Dienſten ſteht. Die Motive ſchweigen über dieſen Punkt. Wir glauben, die Erklärung darin ſuchen zu müſſen, daß der in dem Verweiſungsbeſchluſſe enthaltene Ausſpruch, es liege zur Verweiſung Verdacht genug vor, geradeſo eine Thatfrageentſcheidung (keine juriſtiſche Entſcheidung) ſei, wie die Schuldigerklärung in dem Endurtheile. Auch iſt bei jener Verdächtigerklärung die richterliche Ueberzeugung ebenſo frei (ebenſowenig an ein beſtimmtes quantum und quale von Verdachtsgründen gebunden), wie bei dieſer Schuldigerklärung. Indem man nun davon ausging, daß der Kaſſationshof ſich gar nicht mit Würdigung von Thatſachen

1) S. I. Abth. S. 148.

2) S. auch die Praxis in den Sitzungsber. der bayr. Strafg. Bd. I. S. 139 u. 330.

zu befassen habe, so konnte man auch keine auf den fraglichen Grund gestützte Beschwerde zulassen [1]).

Nach unserer Ansicht ist dies auch ganz richtig; nur erblicken wir darin, daß der Kassationshof sich nicht mit Thatsachen zu befassen habe, nicht eine willkührliche, sondern eine in der inneren Natur der Sache begründete, nothwendige Bestimmung. Der Kassationshof kann sich mit der Prüfung der Thatfrageentscheidungen aus dem Grunde nicht befassen, aus welchem eine Anfechtung der reinen Thatfrageentscheidung bei unveränderter Aktenlage nicht statthaft ist. Aus demselben Grunde, aus welchem wir uns gegen eine solche Anfechtung erklärt haben, müssen wir uns auch gegen die Anfechtung eines Verweisungsbeschlusses wegen Mangels an hinreichendem Verdachte erklären.

Merkwürdig ist aber, daß der angeführte Entwurf in Art. 366 „die Berufung" gegen den Beschluß einer „Verweisungskammer" [2]) (Rathskammer) „auf Verweisung der Sache zur Hauptverhandlung bei dem Bezirksgerichte" „an die Anklagekammer des Kreisgerichts" (Appellationsgerichts) auch nicht wegen Mangels an hinreichendem Verdachte, sondern ebenfalls nur wegen solcher Fehler zuläßt, welche sämmtlich juristischer Natur sind.

Der bezeichnete Entwurf ist bekanntlich unvollendet geblieben, wenigstens ist er nicht vollständig veröffentlicht worden und insbesondere mit den Rechtsmitteln im Rückstande geblieben. Wir wissen also nicht, ob er eine Anfechtung der reinen Thatfrageentscheidung bei unveränderter Aktenlage einzuführen beabsichtigte, — und müssen uns daher mit der hypothetischen Bemerkung begnügen, daß, wenn dies der Fall gewesen, derselbe im Art. 366 cit. eine Inkonsequenz begangen hätte. Denn wenn man jene Anfechtung zuläßt, dann muß man auch die Anfechtung eines Verweisungsbeschlusses wegen Mangels an hinreichendem Verdachte zulassen, falls man nicht etwa anderweitige Gründe für die Nichtzulassung dieser letzteren hat [3]).

1) S. auch die Motive zu Art. 66 des Ges. v. 10. Nov. 1848.

2) Dies scheint uns ein sehr guter, passender Ausdruck zu sein.

3) Das Gesetz v. 10. Nov. 1848 Art. 60 beschränkt die Zuläßigkeit der Berufung gegen die Rathskammerbeschlüsse nicht auf bestimmte Gründe; es kann also hienach auch der Beschuldigte gegen einen Verweisungsbeschluß (in die öffentliche Sitzung des Zuchtpolizeigerichts) die Berufung wegen Mangels an hinreichendem Verdachte erheben.

Ebenſo ſtimmen wir aber dem in Rede ſtehenden Geſetzentwurfe darin bei, daß derſelbe die Anfechtung gegen jede Verweiſung, alſo auch gegen Verweiſungen wegen bloßer Vergehen (nicht allein gegen Verweiſungen wegen Verbrechen)[1] zuläßt.

Wir möchten nur noch hinzuſetzen, daß die Nichtigkeitsbeſchwerde auch dann zuzulaſſen ſei, wenn der Beſchuldigte auf Antrag der Staatsbehörde ohne vorgängige Voruntersuchung unmittelbar zu der Verhandlung der Sache in die öffentliche Sitzung vorgeladen wird. Denn nach unſerer Anſicht ſteht eine ſolche Vorladung einem Verweiſungsbeſchluſſe rechtlich gleich.

Als ſich von ſelbſt verſtehend betrachten wir, daß die Nichtigkeitsbeſchwerde gegen Verweiſungsbeſchlüſſe in Bezug auf die nach den poſitiven Rechten mit ihnen verbundenen perſönlichen Nachtheile für den Angeklagten den Suspenſiv-Effekt nicht haben können.

§. 96.

Fortſetzung.

Zu 1. Wenn endlich der Beſchluß der Anklagebehörden auf Einſtellung des Strafverfahrens lautet, ſo geſtatten die poſitiven Rechte zwar dem Staatsanwalte, nicht aber dem Beſchuldigten die Anfechtung. Das Rechtsmittel gegen einen ſolchen Beſchluß der Rathskammer iſt die Berufung, das gegen einen ſolchen Beſchluß der Anklagekammer die Nichtigkeitsbeſchwerde.

Was die Ausſchließung des Beſchuldigten betrifft, ſo bemerken hierüber die Motive des bayeriſchen Geſ. v. 10. Nov. 1848 ganz richtig, „es ſei zwar gedenkbar, daß in manchem einzelnen Falle derjenige, welcher eines Verbrechens, wenn auch nur im entfernten Grade verdächtig wurde, ein öffentliches Verfahren, in welchem er ſich vor den Augen aller ſeiner Mitbürger glänzend zu rechtfertigen vermöchte, der Einſtellung des Verfahrens vorziehen würde. Allein dem Staate könne nicht zugemuthet werden, eine außer dem Zwecke des Strafrechtes liegende Verhandlung nur aus Rückſicht auf das Zartgefühl des Einzelnen einleiten zu laſſen, welcher durch andere geſetzliche Mittel, z. B. durch eine Erklärung in öffentlichen Blättern, durch eine Klage gegen den verläumderiſchen Denunzianten u. ſ. w. ſeinen Privatzweck zu erreichen vermöge.“

1) wie nach dem Geſ. v. 10. Nov. 1848 Art. 60.

Was ſodann die Frage betrifft, aus welchen Gründen der Staatsanwalt einen Einſtellungsbeſchluß anfechten könne, ſo enthält darüber das bayeriſche Geſetz vom 10. Nov. 1848 nur bezüglich der Nichtigkeitsbeſchwerde gegen einen ſolchen Beſchluß einer Anklagemer ſpezielle Beſtimmungen. Die Gründe ſind aber hier wieder ganz dieſelben, aus welchen auch andere Beſchlüſſe der Anklagekamkamern angefochten werden; es kann nämlich auch ein Einſtellungsbeſchluß, wie ein Verweiſungsbeſchluß einer Anklagekammer nur aus den im Art. 66 des angezogenen Geſetzes ſpeziell aufgeführten Gründen mit der Nichtigkeitsbeſchwerde angefochten werden. Bezüglich der Berufung gegen einen derartigen Beſchluß einer Rathskammer enthält das bezeichnete Geſetz Art. 60 gar keine ſolche limitirenden Beſtimmungen, ſo daß das in Rede ſtehende Rechtsmittel auf alle erdenklichen Beſchwerdegründe geſtützt werden zu können ſcheint, — insbeſondere alſo auch auf das Vorhandenſein hinreichenden Verdachtes, wenn die Einſtellung wegen Mangels an hinreichendem Verdachte erfolgt war.

Die Zulaſſung einer durch dieſen Grund ſubſtanzlirten Berufung gegen den Einſtellungsbeſchluß ſcheint auch — abgeſehen von dem Wortlaute des Art. 60 cit. — nach bayeriſchem Rechte um ſo weniger beanſtandet werden zu können, als dieſes Recht ja auch eine Anfechtung der reinen Thatfrageentſcheidung bei unveränderter Aktenlage zuläßt. Denn wenn die Staatsbehörde eine auf Grund nicht hinreichender Beweiſe erfolgte Freiſprechung des Beſchuldigten mit der Berufung an das Appellationsgericht „wegen hinreichender Beweiſe" anfechten darf, ſo wäre es eine offenbare Inkonſequenz, ihr die Berufung wegen hinreichenden Verdachts gegen einen wegen Mangels an hinreichendem Verdachte erlaſſenen Einſtellungsbeſchluß zu verſagen. Die Zulaſſung ſcheint denn auch nach den Motiven die Intention des Geſetzes (Art. 60 cit.) geweſen zu ſein, indem es in den Motiven (freilich etwas unbeſtimmt) heißt, „das ihm (dem Staatsanwalte) hiefür eingeräumte Rechtsmittel der Berufung ſei in allen Fällen zuläßig, in welchen er die förmliche Gültigkeit des Beſchluſſes beſtreite oder denſelben aus Gründen des materiellen Rechts angreife," und „es müſſe dem Staatsanwalte im Intereſſe der Gerechtigkeit ein Weg eröffnet werden, um die Nachtheile abzuwenden, welche aus einer auf

unförmlicher Beschlußfassung oder auf unrichtiger Ansicht der Richter beruhenden Einstellung des Verfahrens entspringen würden."

Bezüglich der Nichtigkeitsbeschwerde aber gegen einen appellationsgerichtlichen Einstellungsbeschluß wegen Mangels an hinreichenden Verdachtsgründen hat der oberste Gerichtshof in Bayern wirklich bereits entschieden, daß der Staatsanwalt die Beschwerde nicht aus dem Grunde erheben könne, weil die Annahme des Mangels an hinreichendem Verdachte eine irrthümliche sei[1]).

Indem wir nun in dem Folgendem kurz unsere Ansicht darüber auseinandersetzen, welche Rechtsmittel der Staatsanwalt gegen einen Beschluß auf Einstellung des Strafverfahrens haben solle, und auf welche Gründe er sie stützen könne, haben wir uns vor Allem daran zu erinnern, daß unseren Vorschlägen gemäß die Beschlüsse nach durchgeführter Voruntersuchung überall nur von einer und derselben Behörde zu fassen seien, es mag sich um einen schwurgerichtlichen oder bezirksgerichtlichen Fall handeln. Halten wir daran fest, so ergiebt sich für's Erste, daß ein Einstellungsbeschluß — abgesehen von der Wiederaufnahme der eingestellten Untersuchung — in einer und derselben Sache auch nur ein einziges Mal gefaßt werden kann, und daß wir auch nicht zweierlei verschiedene Bestimmungen über die Anfechtung von Einstellungsbeschlüssen brauchen. Es fragt sich bei uns vielmehr nur darum, mit welchem Rechtsmittel und aus welchen Gründen der von der Einen Rathskammer (oder wie immer man die fragliche Behörde nennen will) gefaßte Einstellungsbeschluß vom Staatsanwalte angefochten werden könne.

Es scheint uns auch hier zweckmäßig zu sein, die Gründe, aus denen der bezeichnete Beschluß anfechtbar sein soll, in der Weise, wie bei den Verweisungsbeschlüssen, gesetzlich zu specificiren, so daß die Beschwerde aus andern Gründen nicht statthaft sei; und wir wüßten auch hier wieder keine bessere Specificirung, als die im Art. 375 des bayer. Entwurfes einer St.-P.-O. v. 1851. Da nun sämmtliche in Art. 375 cit. aufgeführten Anfechtungsgründe, wie schon früher bemerkt wurde, die Eigenschaft juristischer Fehler besitzen, so rechtfertiget sich für denselben auch wieder die Bezeichnung der Anfechtung als Nichtigkeitsbeschwerde.

1) S. Fertig „Sammlung von Ministerialentschließungen ꝛc." Nördlingen 1851. S. 39.

Dieſe Bezeichnung als terminus für Anfechtungen gerichtlicher Entſcheidungen auf Grund juriſtiſcher Fehler würde aber nicht paſſen auf jene Anfechtung eines Einſtellungsbeſchluſſes, welche durch die Behauptung ſubſtanziirt wäre, daß das Gericht irrthümlich Mangel an hinreichendem Verdachte angenommen habe. Bevor wir uns die Mühe machen, für dieſe Anfechtung eine Bezeichnung zu ſuchen, wollen wir die Frage beantworten, ob denn eine ſolche Anfechtung nothwendig, ja ob ſie auch nur möglich ſei. Vielleicht erſpart uns die Antwort auf dieſe Frage jene Mühe.

Wir glauben hiebei zwiſchen 2 Fällen unterſcheiden zu müſſen, je nachdem nämlich die fragliche Anfechtung auf neue Thatſachen (neue Verdachtsgründe) geſtützt, oder aber bei unveränderter Aktenlage erhoben werden will. Iſt Letzteres der Fall, ſo halten wir die Anfechtung weder für nothwendig, noch für zuläßig. Für nicht zuläßig deßhalb, weil die Erklärung, daß nicht genug Verdacht für die förmliche Anklage vorhanden ſei, eine reine Thatfrageentſcheidung, und die Anfechtungeiner ſolchen Entſcheidung bei unveränderter Aktenlage prinzipiell unſtatthaft iſt, falls nicht etwa die Entſcheidung nach beſtimmten bindenden Vorſchriften über ein erforderliches Maaß und über erforderliche Eigenſchaften der Verdachtsgründe erfolgt iſt. Wollte man aber auch von dem Prinzipe abſtrahiren, ſo müßte doch irgend ein dringendes Bedürfniß vorhanden ſein, welches zu der prinzipwidrigen Anfechtbarkeit zu nöthigen vermöchte. Ein ſolches Bedürfniß iſt aber nicht vorhanden, wenn die Rathskammer ſowohl der Tauglichkeit ihrer Mitglieder, als auch der Zahl nach gehörig beſetzt iſt, — eine Vorausſetzung, von welcher nicht nur unſer Vorſchlag der einfachen Anklagebehörde, ſondern ebenſo die Einrichtung der zweifachen Anklagebehörde ausgehen muß. Wenn kein Bedürfniß vorhanden iſt nach einem Rechtsmittel gegen den Einſtellungsbeſchluß einer ſogenannten Anklagekammer auf Grund des Mangels an hinreichendem Vedrachte, ſo kann auch kein Bedürfniß nach einem Rechtsmittel gegen einen ſolchen Beſchluß einer eben ſo gut beſetzten Rathskammer vorhanden ſein.

Wenn dagegen der Staatsanwalt ſeine Anfechtung des Einſtellungsbeſchluſſes auf neue Verdachtsgründe ſtützen will, ſo kann es allerdings keinem Zweifel unterliegen, daß ein dießfallſiger Antrag berückſichtiget werden müſſe. Allein zu dieſem Behufe bedarf

es keines besonderen Rechtsmittels. Der Staatsanwalt kann ja bei dem Auftauchen neuer Verdachtsgründe zu jeder Zeit, solange nur nicht die Verjährungsfrist abgelaufen ist, Wiederaufnahme der eingestellten Untersuchung verlangen, also auch ohne Zweifel während der Frist, die ihm für die Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Rathskammer- (oder Anklagekammer-) Beschlüsse gegeben ist.

Was sodann die Frage betrifft, ob die Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes gegen einen Einstellungsbeschluß den Suspensiv-Effekt in Bezug auf die rechtlichen Konsequenzen dieses Beschlusses, namentlich in Bezug auf die Freilassung des in Untersuchungshaft befindlichen Angeklagten, habe, so betrachten wir es auch hier wieder als sich von selbst verstehend, daß die Beschwerde diese Wirkung haben müsse.

Nicht minder versteht es sich von selbst, daß für die Nichtigkeits-Beschwerde gegen Rathskammerbeschlüsse in allen Fällen eine bestimmte Frist vorgeschrieben sein müsse, und wir nehmen keinen Anstand, es zu billigen, wenn dieser Vorschrift die Wirkung unbedingt beigelegt wird, daß nach Ablauf der Frist in keiner Weise, also auch nicht mehr mit einer etwaigen Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Endurtheil, auf einen Fehler bei dem Verweisungsbeschlusse zurückgegriffen werden darf[1]). Hierüber, sowie über das Beschwerderecht selbst, mag der Beschuldigte bei Verkündung des Verweisungsbeschlusses in entsprechender Weise belehrt werden.

Bezüglich der Anmeldung und der weiteren Behandlung der Beschwerde beziehen wir uns auf Dasjenige, was wir hierüber bei der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Endurtheile bemerkt haben.

Was endlich die Entscheidung über die Beschwerden gegen Rathskammerbeschlüsse betrifft, so möchten wir auch hieher den Grundsatz beziehen, daß das Obergericht überall wo nur möglich nicht nur die unrichtigen Entscheidungen kassire, sondern an deren Stelle selbst sofort die richtigen Beschlüsse setze.

1) Jedoch unbeschadet dessen, was wir oben §. 46 S. 33 ff. bemerkt haben. Denn in der Nichtigkeitsbeschwerde, wie wir sie dort begründet haben, liegt kein Zurückgreifen auf den Verweisungsbeschluß.

Nach vorſtehenden Erörterungen übriget nur noch die Beantwortung der Frage, ob auch gegen einzelne Handlungen und Verfügungen des Unterſuchungsrichters im Laufe der Voruntersuchung eine Beſchwerde nachzulaſſen ſei. Die poſitiven Rechte geſtatten ſolche Beſchwerden ſowohl dem Beſchuldigten, als auch dem Staatsanwalte unter verſchiedenen Benennungen.

Der Staatsanwalt hat bekanntlich das Recht und die Pflicht, von dem Gange aller in ſeinem Gerichtsbezirke anhängigen Unterſuchungen Kenntniß zu nehmen, und kann auf denſelben im Einzelnen nach den poſitiven Rechten mehr oder weniger einwirken. Inſoferne nun der Unterſuchungsrichter einem Antrage der Staatsbehörde nicht Folge geben zu können glaubt, kann dieſe die Frage zur Entſcheidung an das Gericht bringen, welchem beide angehören.

Ein förmliches Beſchwerderecht hat der Beſchuldigte, — und in Anbetracht, daß der Unterſuchungsrichter im Laufe der Voruntersuchungen ſowohl kompetenzmäßige, als auch unkompetenzmäßige Handlungen vornehmen und Verfügungen treffen kann, welche ſich für den Beſchuldigten als ſehr empfindliche Uebel darſtellen, ſo muß ein ſolches Beſchwerderecht auch für unumgänglich nothwendig erklärt werden. Ueber die Beſchwerde mag dann die gehörig beſetzte Rathskammer förmliche Entſcheidung erlaſſen. Ein weiteres Recht der Beſchwerde gegen dieſe Entſcheidung ſcheint aber unter der mehrerwähnten Vorausſetzung einer zahlreichen und guten Beſetzung der Rathskammer weder nothwendig noch zweckmäßig zu ſein.

Anhang I.

Die Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes.

Schon in der ersten Abtheilung wurde bemerkt, daß die Beschwerde im Interesse oder zur Wahrung des Gesetzes (demande en nullité dans l'interêt de la loi, cassation dans l'interêt de la loi[1]) kein Rechtsmittel im eigentlichen Sinne des Wortes sei, indem die eigentlichen wahren Rechtsmittel wesentlich den Zweck haben, eine Aenderung des anzufechtenden Urtheiles herbeizuführen, es mag die Anfechtung vom Angeklagten oder vom Staatsanwalte ausgehen. Es wurde bemerkt, daß eine solche Beschwerde zwar auch Anfechtung eines richterlichen Ausspruches sei, daß sich aber in der Regel weder Zweck noch Wirkung derselben auf eine Aenderung des Urtheils beziehen, welches sie veranlaßt habe. Es wurde endlich schon bemerkt, daß ihr Zweck ein rein disciplinärer, nämlich auf Herstellung und Erhaltung einer einheitlichen und korrekten Gesetzesanwendung gerichtet sei, daher sie auch nur der Staatsbehörde zustehen und gleichsam intra parietes verhandelt werden könne.

Diese Bemerkungen enthalten bereits das Wichtigste, was über das fragliche Rechtsinstitut zu sagen ist, und wir haben über dasselbe, als Etwas, was eigentlich gar nicht innerhalb der Grenzen unserer Aufgabe liegt, nur noch einige wenige Worte über den Gegenstand, den Grund und die Behandlung dieser Beschwerde beizufügen.

Was Gegenstand derselben sein könne, ergibt sich aus ihrem Zwecke von selbst. Wenn nämlich dieser auf Herstellung und Erhaltung einer einheitlichen und korrekten Gesetzesanwendung überhaupt gerichtet ist, so muß jede gerichtliche Handlung oder Verfügung ohne Ausnahme Gegenstand der Beschwerde sein können. Diese Bestimmung enthält auch das französische Recht C. J. Art. 441:

1) Ueber das französ. Recht s. Morin Dict s v. „cassation“ §. 10 pag. 137; Rogron l. c. pag. 383 ff. und Höchster a. a. O. §. 338; Bayr. Ges. v. 10. Nov. 1848 Art. 254 — 262; Hannover. St-P.-O. §. 220; Braunschweig St.-P.-O. §. 170.

„Lorsque, sur l'exhibition d'un ordre formel à lui donné par le grand-juge ministre de la justice, le procureur général près la cour de cassation dénoncera à la section criminelle des actes judiciaires, arrêts ou jugements contraires à la loi, ces actes, arrêts ou jugements pourront être annullés, et les officiers [1]) . . . . . .

Außer dieſer allgemeinen Beſtimmung enthält der Code im Artikel 409 und im Art. 442 noch beſondere Beſtimmungen über die Statthaftigkeit der Beſchwerde gegen einzelne Urtheilsarten; nämlich in Art. 409 für den Fall eines acquittement und in Art. 442 für die arrêts und jugements en dernier ressort.

Dieſes Uebermaß von Beſtimmungen erklärt ſich dadurch, daß die Beſchwerde im Falle das acquittement dem ministère public [2]) überhaupt, in den Fällen der Art. 441 und 442 dagegen nur dem Generalprokurator bei dem Kaſſationshofe eingeräumt iſt, und zwar auch dieſem nur in den Fällen des Art. 442 ohne förmlichen Befehl des Juſtizminiſters.

Ueberall aber muß das mit der fraglichen Beſchwerde anzufechtende Urtheil ꝛc. die Eigenſchaft haben, daß daſſelbe nicht mehr oder (bei dem acquittement) von Anfang an nicht mit der Nichtigkeitsbeſchwerde angefochten werden kann (qui n'est plus autrement réformable).

Wir haben im Verlaufe der vorſtehenden Erörterungen mehrere Gelegenheiten und Anläſſe kennen gelernt, bei denen von dieſer Beſchwerde Gebrauch zu machen wäre; ſo z. B. in §. 56 a. E. Insbeſondere erinnern wir an das, was wir in dieſer Beziehung ſchon in der I. Abth. §. 40 bemerkt haben.

Was ſodann die Frage betrifft, aus welchen Gründen die Beſchwerde erhoben werden könne, ſo liegt die Antwort hierauf ſchon in dem Namen derſelben. Sie iſt eine Beſchwerde zur Wahrung des Geſetzes, ſetzt alſo voraus, daß eine geſetzliche Vorſchrift, eine rechtliche Norm verletzt oder unrichtig angewendet worden ſei. Die fraglichen Gründe ſind mithin Fehler in der Rechtsanwendung, juri-

1) Vgl. auch die hannover. St.-P.-O. §. 220 a. A.

2) So wenigſtens dem Wortlaute des Art. 409 nach; allein es verſteht ſich wohl von ſelbſt, daß nur die Generalprokuratoren bei den königlichen Höfen die Beſchwerde erheben können. S. Morin l. c. pag. 138.

ſtiſche Fehler, und zwar errores in judicando und in procedendo. In dieſer Beziehung ſteht ſie der Nichtigkeitsbeſchwerde gleich[1]).

Wegen neuer Thatſachen oder Beweismittel (ex capite novorum in facto) kann ſie ihrem Zwecke gemäß nicht erhoben werden.

Ebenſo wie der Gegenſtand und der Grund wird auch die Behandlung unſerer Beſchwerde durch deren Zweck beſtimmt. Sie ſteht ihrer Natur gemäß nur der Staatsbehörde zu und iſt an keine Friſt[2]) gebunden. Von der Staatsbehörde wird ſie angemeldet und ausgeführt. Die Entſcheidung kann keinem anderen Gerichte zuſtehen, als dem oberſten Gerichtshofe (Centralgericht), denn nur dieſer hat in Gemeinſchaft mit der Staatsbehörde den Beruf und die Aufgabe eines Wächters über die Beobachtung des Geſetzes (Wahrung des Geſetzes). Die Verhandlung kann in ähnlicher Form vor ſich gehen, wie bei einer Nichtigkeitsbeſchwerde; nur daß hier der Staatsbehörde keine Partei gegenüber ſteht[3]).

Die Entſcheidung kann in nichts Anderem beſtehen, als entweder in der Verwerfung der Beſchwerde oder in der Erklärung, daß durch die fragliche gerichtliche Handlung das Geſetz verletzt oder unrichtig angewendet worden ſei, — mit welcher Erklärung dann mit Rückſicht auf die Beſchaffenheit der Geſetzesverletzung nach dem Ermeſſen des Gerichtshofes Disciplinarſtrafen gegen den ſchuldigen Richter verbunden werden mögen, wie ſolches der Art. 441 C. J. anordnet und in Frankreich auch wirklich bisweilen geſchieht[4]). Auch iſt es ſehr zweckmäßig; wenn, wie in Bayern[5]), im Falle dieſer Erklärung vom oberſten Gerichtshofe verordnet wird, daß dieſelbe in das Urtheilsbuch des Gerichtes eingetragen werde, von welchem das angefochtene Urtheil ausgegangen iſt.

Was endlich die Wirkung einer ſolchen Entſcheidung betrifft, ſo wurde bereits bemerkt, daß dieſe nach den poſitiven Rechten in der Regel keinen Einfluß auf den Angeklagten habe, derſelbe mag

1) Die braunſchweig. St.-P.-O. §. 170 nennt die Beſchwerde auch geradezu „Nichtigkeitsbeſchwerde" und verweist auf die im §. 158 angegebenen Gründe.

2) Sie kann aber natürlich nicht erhoben werden, ſo lange der Angeklagte noch die Nichtigkeitsbeſchwerde anmelden darf.

3) S. bayer. Geſ. v. 10. Nov. 1848 Art. 259.

4) Vgl. auch das Zürcher Geſ. §. 184.

5) Geſetz v. 10. Nov. 1848 Art. 262.

verurtheilt oder freigesprochen worden sein. Nach französischem Rechte gilt dieser Grundsatz aber nur für die Fälle, wo die Beschwerde in Gemäßheit des Art. 409 oder 442 C. J. erhoben und als begründet befunden worden ist, nicht aber für die Fälle, wo dieselbe nach den Bestimmungen des Art. 441 erhoben wird [1]). Bonnin bemerkt zwar auch zu diesem Artikel: „En principe la cassation ainsi provoquée n'est que dans l'intérêt de la loi; elle ne nuit pas aux droits acquis aux parties" — und es ist allerdings richtig, daß durch dieselbe eine ordonnance d'acquittement nicht wirkungslos daß dadurch die Entscheidung über die Civilansprüche nicht alterirt wird. Aber er gibt doch selbst zu, daß die Cassation demjenigen zum Vortheil gereiche, welcher durch den illegalen Akt Unrecht erlitten hat, und hierin liegt doch jedenfalls eine sehr bedeutende Abweichung von jenem Grundsatze, — eine Abweichung, die gewiß nur gebilligt werden kann. Denn mit Recht bemerkt Bonnin weiter: La société ne peut en effet ordonner l'éxécution d'une condamnation qu'elle reconnait être illégale. Elle ne peut faire mettre à mort un homme reconnu innocent. Elle a d'ailleurs renoncé à l'acte et au jugement contraires à la loi, en demandant leur annullation [2]).

Mit Hilfe dieser Bestimmung läßt sich in allen Fällen, wo die Verfügung des Art. 442 a. E. „sans que les parties puissent s'en prévaloir pour s'opposer à son exécution" zu materieller Ungerechtigkeit und Härte führen würde, helfen, indem der General-Prokurator des Kassationshofes überall, wo die (noch nicht geschehene) Vollstreckung eines Urtheils eine offenbare Ungerechtigkeit enthielte, nur vor Erhebung der Beschwerde einen Befehl des Justizministers auszuwirken braucht [3]).

Gegenüber dieser Einrichtung des französischen Rechts erscheint die deutsche Gesetzgebung als mangelhaft. Nach bayerischem Rechte [4]) z. B. ist der Ausspruch, daß durch das Verfahren oder durch das Urtheil das Gesetz verletzt worden sei, in allen Fällen ohne alle Wirkung auf den Angeklagten, derselbe mag durch das Urtheil des

1) S. Morin Dict. pag. 138; Rogron l. c. pag. 383.
2) P. Bonnin l. c. pag. 410 in der Anmerk.
3) S. Bonnin l. c. pag. 411.
4) Ges. v. 10. Nov. 1848 Art. 261 und hannover. St.-P.-O. §. 220.

Schwurgerichtshofes freigesprochen oder verurtheilt worden sein. Nur ist für den letzteren Fall dem Schwurgerichtshofe „anheim gegeben", nach Befund der Umstände an den König einen Begnadigungsantrag zu stellen. Wir glauben diese Einrichtung mit Recht mangelhaft nennen zu können, denn Gnade ist kein Ersatz für Recht und sollte vom Gesetzgeber da nicht für Recht geboten werden, wo nicht bloß ein anerkanntermaßen materielles, sondern auch formelles Unrecht vorliegt, welchem, wie eben die französische Einrichtung beweist, auf leichte und gute Art abgeholfen werden kann.

Anhang II.

Die Appellation.

Eine der wichtigsten Differenzen, die sich seit den letzten großen Veränderungen des deutschen Strafprozeß-Rechtes sowohl auf dem Gebiete der Gesetzgebung, als auch auf dem der Literatur ergeben haben, ist unstreitig die Differenz über die Frage der Beibehaltung oder Abschaffung des Rechtsmittels der sogenannten Appellation oder Berufung.

Was die Gesetzgebung betrifft, so lasse ich die fremden Staaten bei Seite, in denen dies Rechtsmittel nicht besteht, und führe nur die deutschen Gesetzgebungen an, welche dasselbe bei den neuerlichen Reformen nicht aufgenommen haben. Diese Gesetzgebungen sind die braunschweigische Strafprozeßordnung v. 22. Aug. 1849, der Entwurf einer Strafprozeßordnung für das K. Sachsen von 1853, welcher nur gegen Verweisungs-Erkenntnisse eine Berufung zuläßt [1])

---

1) Vgl. indessen Art. 357 dieses Entwurfes, der gegen die Erkenntnisse der Einzelrichter einen „Einspruch" gestattet. I. dem Verurtheilten: 1) wenn die beigebrachten nicht ausreichenden Beweise zu seiner Verurtheilung für ausreichend oder angezeigte Entlastungs- oder Entschuldigungsthatsachen für nicht erwiesen erachtet worden sind, und 2) wenn die erkannte Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafmaaßes zu hoch bestimmt worden ist; II. dem Staatsanwalte: wenn die beigebrachten Beweise nicht für ausreichend zur Verurtheilung des Angeschuldigten, oder wenn Thatsachen, welche die Bestrafung ausschließen, ohne hinreichenden Grund für bewiesen erachtet worden sind.

und die Strafprozeßordnung für das Herzogthum Altenburg vom 27. Febr. 1854, indem dieſe — abgeſehen von den Entſcheidungen der Einzelnrichter — die Appellation nur wegen ſolcher Gründe gegen Endurtheile der Criminalgerichte zuläßt, daß ſie nach meinen folgenden Erörterungen nicht mehr denjenigen Geſetzgebungen beigezählt werden kann, welche die fragliche Urtheilsanfechtung, um deren Beſtand es ſich handelt, anerkennen. Ebenſo wird ſich zeigen, daß daſſelbe nicht bloß von dem preußiſchen Geſetze v. J. 1853 über die Unterſuchung und Entſcheidung von Staatsverbrechen, ſondern auch im Weſentlichen von dem preußiſchen Geſetz vom 3. Mai 1852 Art. 101 und von dem kurheſſiſchen Geſetz vom 22. Juli 1851 §. 45 gelte.

In den übrigen neueren deutſchen Strafprozeßgeſetzen findet ſich die Appellation ſo ziemlich in derſelben Weiſe, wie im franzöſiſchen Rechte.

Was ſodann die Literatur betrifft, ſo glaube ich als bekannt vorausſetzen zu dürfen, was ſeit der Einführung des neuen Verfahrens in Deutſchland über den fraglichen Gegenſtand erſchienen iſt. Insbeſondere glaube ich als bekannt vorausſetzen zu dürfen, was ich in der erſten Abtheilung dieſer Schrift über das Rechtsmittel der Appellation geſagt habe, und daß neuerlich Mittermaier im Archiv des Kriminalrechts unter beſtändiger Bezugnahme auf meine Erörterungen als Vertheidiger der Appellation aufgetreten iſt, ſowie endlich nicht minder, daß ſich auch Arnold ſowohl im Archiv, als im Gerichtsſaal und zwar ebenfalls unter Bezugnahme auf meine Schrift, (wenn auch auf andere Weiſe und aus anderen Gründen, als Mittermaier, ſowie in kürzerer Ausführung und nur gelegentlich bei ſeiner Beurtheilung des Entwurfes einer Strafprozeßordnung für das K. Sachſen und der öſterreich. Straf-Prozeßordnung von 29. Juli 1853), für die Appellation erklärt hat.

Obwohl ich nun dieſen beiden berühmten Juriſten durch die Art und Weiſe, wie ſie meiner Schrift Erwähnung gethan haben, zu beſonderem Danke verpflichtet bin, ſo muß ich doch geſtehen, daß ich durch ihre Ausführungen in meiner Anſicht über die Appellation nicht erſchüttert worden bin. Aus dieſem Grunde und in Anbetracht der Wichtigkeit der Frage ſelbſt, ſowie der wiſſenſchaftlichen

Bedeutung meiner verehrten Gegner fühle ich mich gedrungen, meine Ansicht in der fraglichen Sache unter Bezugnahme auf die gegnerischen Ausführungen hier noch einmal vorzutragen. Ich fühle mich hiezu um so mehr gedrungen, als namentlich die Ausführungen Mittermaiers in wesentlichen Punkten ein Mißverstehen meiner Schrift entnehmen lassen, wodurch diese in einem theilweise sehr schiefen, keinen Falls vortheilhaften Lichte erscheint.

Die folgenden Bemerkungen werden sich auch vorerst nur an die Mittermaier'sche Ausführung als diejenige halten, welche sich mit der vorliegenden Frage sowohl, als mit meiner Schrift am ausführlichsten beschäftiget hat.

Eine gesonderte Würdigung der Mittermaier'schen und Arnold'schen Erörterungen ist auch um so nothwendiger, als dieselben durchaus verschiedener Natur sind, und von ganz verschiedenen Standpunkten ausgehen. Ebenso lege ich mir die weitere Beschränkung auf, nur auf diejenigen Gegenbemerkungen Mittermaiers einzugehen, die sich speziell auf die in meiner Schrift enthaltene Argumentation beziehen. Was insbesondere die Bekämpfung der besonderen von Schwarze gegen die Appellation vorgebrachten Gründe betrifft, so hielte ich es für anmaßliche Bevormundung, die Vertheidigung dieses Gelehrten zu übernehmen. Also zur Sache selbst!

Von der Appellation speziell handelt nur der Mittermaier'sche Aufsatz im zweiten Hefte des Jahrgangs 1854 Seite 291 — 321. Seine beiden Vorläufer im vierten Hefte des Jahrgangs 1853 und im ersten Hefte des Jahrgangs 1854 beschäftigen sich mit anderen Fragen, letzterer hauptsächlich mit der gesetzlichen Beweistheorie und mit den Entscheidungsgründen für die Thatfrage. Indessen stehen alle drei Aufsätze doch in einem inneren Zusammenhange miteinander, der auch bei unserem speziellen Gegenstande nicht außer Acht gelassen werden darf, indem sich daraus ergiebt, von welchem Standpunkte aus und von welchen Voraussetzungen ausgehend Mittermaier die Frage der Appellation betrachtet und behandelt.

Dieser Zusammenhang ist von Mittermaier selbst am Ende des ersten Aufsatzes klar bezeichnet. „Es ist begreiflich", bemerkt er, daß in schlimmen, politisch aufgeregten Zeiten oder in Zuständen, in denen eine Depression sichtbar auf den Gemüthern lastet, leicht das Mißtrauen gegen angestellte Richter sich geltend macht. Hier kömmt

Alles darauf an, dieß Mißtrauen am Sicherſten durch gewiſſe Garantieen zu beſeitigen. Solche Garantieen aber, abgeſehen von den Einrichtungen, welche ſich auf Anſtellung, Verſetzung und Entlaſſung der Richter beziehen, lagen bei der bisherigen Rechtſprechung durch angeſtellte Richter, 1) in der geſetzlichen Beweistheorie, 2) in der Pflicht der Richter, Entſcheidungsgründe zu geben, 3) in dem Rechte die Berufung zu ergreifen. Die nächſte Prüfung muß nun darauf gerichtet ſein, inwiefern dieſe Garantieen auch bei dem neu eingeführten öffentlichen mündlichen Strafverfahren nothwendig und mit dieſem Verfahren verträglich ſind."

Mittermaier betrachtet alſo die Berufung als eine Garantie zur Beſeitigung des in ſchlimmen Zeiten leicht entſtehenden Mißtrauens gegen angeſtellte Richter. Schon hiegegen hätte ich Mehreres einzuwenden. Für's Erſte möchte ich fragen, ob durch irgend eine Garantie überhaupt jemals irgend ein Mißtrauen beſeitiget werden könne. Nach meinem Dafürhalten entſtehen die Garantieen alle aus Mißtrauen und haben in dieſem ihren Halt und ihre Stütze. Das Mißtrauen iſt die Vorausſetzung der Garantie, ohne Mißtrauen keine Garantie; fällt jenes, ſo iſt dieſe überflüßig und haltlos. Eine Garantie kann alſo das Mißtrauen, welches ihre Quelle iſt, nicht beſeitigen, ohne ſich dadurch ihre Nahrung zu entziehen und ſich ſomit ſelbſt zu vernichten.

Aber auch abgeſehen hievon: — wie kann das Rechtsmittel der Berufung eine Garantie zur Beſeitigung des Mißtrauens gegen angeſtellte Richter ſein? An wen geht denn die Berufung? Doch wohl überall wieder an „angeſtellte Richter." Es iſt ſchwer einzuſehen, wie auf dem Wege der Berufung dem fraglichen Mißtrauen abgeholfen werden könne. Clericus clericum non decimat. Wenn man in dem Stadtgerichtsrathe eine Krähe erblickt, weil er „angeſtellt" iſt, dann iſt der Appellationsgerichtsrath auch eine Krähe!

Endlich könnte man vielleicht auch fragen, ob Mittermaier die Berufung nur für ſchlimme, politiſch aufgeregte Zeiten wolle, in denen ſich jenes Mißtrauen geltend zu machen pflege. Dies kann aber nach ſeiner Ausführung im zweiten Hefte des Jahrgangs 1854 nicht wohl angenommen werden. Er abſtrahirt hier von den ſchlimmen Zeiten und jenem Mißtrauen und ſucht die Appellation vielmehr aus

der Natur der Sache als ein absolut nothwendiges Rechtsinstitut aufzuweisen. Ich will mich daher auch nicht länger bei den schlimmen Zeiten aufhalten und mich zu der im 2. Hefte des Jahrg. 1854 enthaltenen Ausführung meines verehrten Gegners wenden.

Von Seite 304—307 führt er die Gründe an, aus welchen die Berufung nicht gestattet werden wolle, und stellt von S. 308—321 „eine genaue Prüfung dieser Gründe" an, um zu zeigen, daß „sie auf grundlosen Voraussetzungen beruhen und daß für die Begründung des nöthigen Vertrauens zur Strafrechtspflege, nach welcher den Staatsrichtern die Urtheilsfällung überlassen wird, die Verbannung der Berufung keine heilsame Einrichtung sein würde."

Ich will dieser „Prüfung" Schritt vor Schritt folgen und untersuchen, ob meine Angriffe auf die Appellation wirklich „auf grundlosen Voraussetzungen beruhen" — woraus sich dann von selbst ergeben wird, ob die Beibehaltung der Appellation „für die Begründung des Vertrauens zur Strafrechtspflege, wonach den Staatsrichtern die Urtheilsfällung überlassen wird," nothwendig sei.

Vor Allem aber muß, was ich bei Mittermaier sehr vermisse — der status controversiae, die eigentliche Streitfrage genau festgestellt und gehörig begrenzt werden. Aus dieser Feststellung wird sich zugleich ein Hauptargument meines Gegners als unbegründet ergeben, und überdies ersichtlich werden, daß meine Schrift nicht richtig verstanden worden ist.

Um was handelt es sich also? Habe ich etwa die Appellation im Ganzen, alles dasjenige verworfen, was in der sogenannten Appellation enthalten ist? Mit Nichten! Ich habe den Spruch beherziget: Qui bene distinguit, bene docet, — und das Rechtsmittel in seine natürlichen, wesentlich von einander verschiedenen Bestandtheile aufzulösen gesucht. —

Die Appellation kann nach französischem Rechte und nach den meisten neueren deutschen Gesetzgebungen sowohl wegen juristischer Fehler bei der Urtheilsfällung und im Verfahren, als auch wegen (materiell, reell) unrichtiger Entscheidung der That- oder Beweisfrage erhoben werden. Habe ich nun etwa die Urtheilsanfechtungen auf Grund juristischer Fehler für die korrektionellen Strafsachen für verwerflich erklärt? Sowohl in der ersten, als in der jetzt

vorliegenden zweiten Abtheilung meiner Schrift ist das Gegentheil zu wiederholten Malen klar und ausdrücklich ausgesprochen. Ich habe nur die korrektionellen Urtheile den schwurgerichtlichen in der fraglichen Beziehung gleichgestellt und die bezeichnete Urtheilsanfechtung für die korrektionellen Straffachen mit demselben mir passender scheinenden Namen „Nichtigkeitsbeschwerde" benannt, — von dem Grundsatze ausgehend, daß das Gleichartige ebenso gleichartig zu behandeln sei, wie das Verschiedenartige verschiedenartig. Schon hieraus ergibt sich, daß Mittermaier mir Unrecht thut, indem er mir die Intention „der Verbannung der Berufung" beilegt. —

Ich habe aber auch nicht einmal den anderen Hauptbestandtheil der Appellation — die Urtheilsanfechtung wegen unrichtiger Entscheidung der That- oder Beweisfrage für gänzlich verwerflich erklärt. Ich habe vielmehr auch hier wieder zwischen zwei wesentlich von einander verschiedenen Dingen unterscheiden zu müssen geglaubt, — nämlich zwischen derjenigen Urtheilsanfechtung, die sich auf neue Thatsachen oder Beweismittel stützt, und derjenigen, bei welcher dies nicht der Fall ist, also m. a. W. zwischen der Anfechtung der Thatfrageentscheidung bei veränderter und bei unveränderter Aktenlage. Meine Polemik aber war und ist nur gegen die Letztere gerichtet. Die Erstere habe ich ebenso als zulässig und nothwendig anerkannt, wie die Urtheilsanfechtung wegen juristischer Fehler.

Nur habe ich auch hier wieder für passender gefunden, der fraglichen Urtheilsanfechtung einen eigenen Namen zu geben, — jedoch keinen selbst erfundenen, sondern den allbekannten „Revision," und zwar gerade diesen aus dem Grunde, weil die fragliche Urtheilsanfechtung ihrer Substanzirung nach mit dem gehörig erweiterten Rechtsmittel der Revision in der That kongruent ist. —

Worin die gehörige Erweiterung dieser Rechtsmittel bestehe, kann natürlich nicht mit zwei Worten angegeben werden; ich muß in dieser Beziehung auf die zweite Abtheilung meiner Schrift verweisen. Nur Eines will ich hier anführen: Mittermaier glaubt a. a. O. S. 316, daß wenn „auch der Stoff der Wiederaufnahme der Untersuchung noch so weit ausgedehnt werde, so werde dadurch doch nicht Rechtshilfe, welche die Berufung für die Fälle gewähre, wo der Angeklagte zur Zeit der ersten Verhandlung

zwar das Beweismittel kannte, aber es nicht dem Vertheidiger anzeigte, weil er es nicht für nöthig hielt, oder der Vertheidiger erſt durch das Urtheil erfährt, daß das Gericht wider alles Erwarten auf einen Beweis Werth legte, deſſen Widerlegung durch Beweismittel in der erſten Verhandlung nicht nöthig ſchien."

Wenn dies das einzige Bedenken meines verehrten Gegners gegen die Abſchaffung der Appellation wäre, ſo dürfte er nicht länger mein Gegner ſein. Denn nach meiner Anſicht kann es bei der Prüfung der Neuheit eines Vorbringens, worauf ein Geſuch um Wiederaufnahme geſtützt werden will, gar nicht darauf ankommen, ob das fragliche novum dem Angeklagten und ſeinem Vertheidiger, ſondern nur darauf, ob es dem Gerichte bei der erſten Verhandlung und Aburtheilung bekannt geweſen ſei oder nicht.

Nicht für den Angeklagten, ſondern für den Richter muß das angebliche Novum ein wirkliches (relevantes) Novum ſein. Ich verweiſe in dieſer Beziehung auf §. 73 der II. Abth. meiner Schrift, wo ich des obigen Mittermaier'ſchen Einwandes ausdrücklich Erwähnung gethan habe.

Wenn ſich nun aber hieraus ergibt, daß ich zwei Hauptbeſtandtheile der ſogenannten Appellation, nämlich die Urtheilsanfechtung wegen juriſtiſcher Fehler (als Nichtigkeitsbeſchwerde) und die Urtheilsanfechtung wegen unrichtiger Thatfrageentſcheidung ex capite novorum (als Reviſion) anerkenne, ſo werde ich wohl auch mit Recht behaupten dürfen, daß nach meinen Vorſchlägen die Appellation inſoweit überflüßig werde, als die Nichtigkeitsbeſchwerde und die (erweiterte) Reviſion reichen. Ob aber der noch übrige Beſtandtheil der Appellation, — alſo die Appellation im Ganzen „entbehrlich" oder unentbehrlich ſei, iſt eine Frage, die offenbar erſt dann aufgeworfen werden kann, wenn vorher bewieſen iſt, daß die fragliche Urtheilsanfechtung (unter der Vorausſetzung der Nichtexiſtenz von bindenden Beweisregeln) möglich d. h. logiſch ſei.

Will man die fragliche Urtheilsanfechtung ohne Rückſicht auf die Logik beibehalten, und wird dies offen ausgeſprochen, ſo habe ich nichts mehr zu erwidern. Den Nachweis aber, daß dieſe Urtheils-Anfechtung logiſch ſei, habe ich bei meinem Gegner ebenſowenig gefunden, als eine Wiederlegung meines Nachweiſes, daß ſie unlogiſch ſei. Ich werde auf dieſen Punkt am Schluſſe dieſer Erörterungen

bei Erwähnung der Arnold'schen Argumentation zurückkommen, und wende mich jetzt zu der Beleuchtung der weiteren Einwendungen Mittermaiers gegen meine Argumentation.

Zu 1. „Schon die Ansicht, welche die Gegner der Berufung über den Zweck dieses Rechtsmittels aufstellen, kann nicht gebilligt werden." A. a. O. S. 308. Wenn ich wirklich das „als Zweck der Berufung aufgestellt" hätte, was mein verehrter Gegner S. 304 anführt, dann wäre seine Mißbilligung eine vollkommen gerechtfertigte. „Der Zweck der Berufung sei der," — dies legt mir Mittermaier in den Mund — „daß der obere Richter das Urtheil des unteren Richters prüfe und daß juristische Irrthümer d. h. unrichtige Anwendungen des positiven Rechts oder des Gesetzes zu verbessern sind." —

Wenn ich ein Königreich hätte, ich würde es als Preis aussetzen für denjenigen, der mir die Stelle zeigen würde, wo ich das so eben Citirte gesagt habe. Was Mittermaier hier anführt, ist nichts Anderes, als eine mißverstandene Bemerkung über den Zweck der Einführung von Obergerichten oder Instanzen; und das, was ich als Zweck dieser Einrichtungen bezeichnet habe, bildet in meiner Deduktion der Unhaltbarkeit der fraglichen Urtheilsanfechtung (nicht der ganzen Appellation) nur eine Prämisse.

Hätte ich wirklich „Verbesserung juristischer Irrthümer" als Zweck der Berufung bezeichnet, was hätte ich denn dann als Zweck der Nichtigkeitsbeschwerde bezeichnen wollen? Einem homo novus atque obscurus wie ich bin gebietet es die Pflicht der Selbsterhaltung, sich dagegen zu verwahren, wenn man ihm solche Ungereimtheit in in den Mund legt, wie Mittermaier — obwohl ohne alle böse Absicht — a. a. O. S. 305 mir gethan. Ich habe von einem Zwecke der Berufung in meiner ganzen Schrift mit keiner Sylbe gesprochen, — sondern nur untersucht, welche Urtheilsanfechtungen zuläßig und welche unzuläßig seien, und hiebei gefunden, daß die Urtheilsanfechtung, welche eine Aenderung der Thatfrageentscheidung bezwecken will, logisch unstatthaft sei, wenn der Beschwerdeführer nichts Neues vorzubringen weiß.

S. 308 und 309 führt sodann Mittermaier die „Gründe" an, „auf welchen die Vortheile der Berufung beruhen;" sie liegen a) in der Art der Besetzung der Obergerichte, theils insoferne sie aus einer

größeren Zahl der Richter beſtehen, als die Gerichte erſter Inſtanz, theils die Mitglieder des Obergerichts aus der Mitte der Richter oder ausgezeichneten Anwälte (?) genommen ſind, welche durch lange Erfahrung vorzügliche Gewandtheit in der Rechtsanwendung erlangten." Ich möchte darauf aufmerkſam machen, daß M. hier von „Gewandtheit in der Rechtsanwendung" ſpricht, während es ſich doch um den Nachweis handelt, daß die Urtheilsanfechtung wegen unrichtiger Thatfrageentſcheidung (bei unveränderter Aktenlage) zuläßig ſei. Was aber die zahlreichere Beſetzung der Obergerichte betrifft, ſo werde ich darauf unten zurückkommen.

Ebenſo auf den zweiten Grund S. 309 „b) in der Art der Berathung, indem erfahrungsmäßig bei den Obergerichten in der Regel eine Sache reiflicher und genauer erwogen wird, als dies in der Regel bei den Untergerichten wegen des großen Geſchäftsdrangs möglich iſt." Vorläufig will ich nur Akt davon nehmen, daß Mittermaier in dem „großen Geſchäftsdrange" bei den Untergerichten den Grund des fraglichen Unterſchieds ſieht.

Wenn nun aber unter lit. c. als weiterer Grund angeführt wird „die Art der Stimmung der Oberrichter, die aufgefodert zur Prüfung eines ihnen vorliegenden Urtheils, leichter in der Lage ſind, die in dieſem Urtheile liegenden Gründe mit denjenigen, welche zur Wiederlegung angeführt werden, vergleichen zu können".....,— ſo wird dies allerdings Niemand beſtreiten wollen. Ja noch mehr, die Oberrichter ſind nicht nur „leichter in der Lage, die in dem ihnen vorliegenden Urtheile liegenden Gründe mit denjenigen, welche zur Wiederlegung angeführt werden, vergleichen zu können," als die Untergerichte, — ſondern ſie ſind ſogar allein in dieſer Lage, da das Untergericht bei ſeiner Urtheilsfällung die in der dagegen erhobenen Berufung enthaltenen Gründe gar nicht kennt. Der 4. Grund liegt endlich „in der Beſchaffenheit der dem Obergerichte vorliegenden Materialien, indem die Entſcheidungsgründe des erſten Urtheils trefflich geeignet ſind, die Grundloſigkeit dieſes Urtheils zu zeigen und Beweiſe zu liefern, daß das Urtheil auf irrigen Grundlagen beruhte." Verſtehe ich dies recht, ſo will damit nichts Geringeres behauptet werden, als daß die dem Obergerichte vorliegenden Materialien für die Entſcheidung der Thatfrage — denn nur

um dieſe Entſcheidung handelt es ſich hier — überall beſſer und reichhaltiger ſeien, als die der erſten Inſtanz vorliegenden.

Aus dieſer Behauptung würde nun aber, wenn ſie richtig wäre, nicht mehr und nicht weniger folgen, als daß die Berufung nicht von dem Willen des Staatsanwalts und des Angeklagten abhängen dürfe, ſondern überall und in allen Fällen nothwendig ſei. Denn es wäre mit dem Hauptgrundſatze des Strafverfahrens, — mit dem Streben nach materieller Wahrheit unvereinbar, wenn man ſich bei den Urtheilen der erſten Inſtanz beruhigen wollte, während doch in der Berufung ein Mittel gegeben wäre, vermöge deſſen die Beſchaffung eines viel beſſeren Beweismaterials möglich ſei, als dasjenige geweſen, welches der erſten Inſtanz vorgeführt werden konnte.

Mit einer ſolchen Charakteriſirung des erſtinſtanzlichen Beweismaterials und der erſtinſtanzlichen Thatfrageentſcheidung wäre nun freilich die Nothwendigkeit der Appellation unwiderleglich feſtgeſtellt. Allein das fragliche Argument würde offenbar mehr beweiſen, als es beweiſen wollte und ſollte, und kann daher gar nichts beweiſen. Denn durch daſſelbe würde die Berufung wie gezeigt, nicht als Rechtsmittel im gewöhnlichen Sinne des Wortes, ſondern als eine ſogenannte nothwendige Urtheilsanfechtung aufgezeigt. Qui nimium probat, nil probat.

Daß in manchen Fällen nach einer Urtheilsfällung ein beſſeres und reichhaltigeres Beweismaterial beſchafft werden könne, als dasjenige war, welches den Richtern, die das fragliche Urtheil gefällt haben, vorgeführt worden iſt, indem der Staatsanwalt oder der Angeklagte neue Thatſachen oder Beweismittel vorbringen, die in der erſten Verhandlung nicht vorkamen, — das zu beſtreiten wird mir niemals in den Sinn kommen, und ich glaube für dieſe Fälle durch das Rechtsmittel der Reviſion hinlängliche Vorſorge getroffen zu haben. Wie aber abgeſehen von dieſen Fällen, wo nova vorgebracht werden das Beweismaterial verbeſſert und bereichert werden könne, davon habe ich wirklich keine Vorſtellung. Es geht über meine Vorſtellungskraft hinaus, daß das einer zweiten Inſtanz vorzuführende Beweismaterial in allen Fällen ein beſſeres und reicheres ſein müſſe, als das der erſten Inſtanz vorgeführte. Ich erlaube mir nur noch anzuführen, daß auch Arnold, wie wir ſehen werden, ausdrücklich das Gegentheil hievon anerkennt.

Zu 2. „Nicht zustimmen kann man der oben angeführten Ansicht, daß die Berufung mit der gesetzlichen Beweistheorie zusammenhänge.“ Bekanntlich war Mittermaier früher selbst dieser Ansicht. S. darüber meine erste Abtheilung S. 134 und 135. Ich bin dieser Ansicht auch jetzt noch und beziehe mich statt einer Wiederholung meiner Deduktion auf das, was ich hierüber in §. 30 der ersten Abtheilung angeführt habe.

Wenn Mittermaier hiegegen anführt, „daß die Staatsrichter zwar nicht nach gesetzlichen, aber nach jenen Regeln, welche als die zuverlässigsten zur Entdeckung der Wahrheit von der Vernunft nachgewiesen sind, die Beweise prüfen“, — so gebe ich dies gerne zu, kann aber nicht begreifen, was dies gegen meine Ausführung in §. 30 cit. beweisen könne. Ich kann unmöglich annehmen, daß Mittermaier die Vermuthung aufstellen wolle, daß der Oberrichter einen bessern Menschenverstand besitze, als der Richter erster Instanz, — und daß die Entscheidung der Thatfrage im heutigen Prozesse eine spezifisch-juristische Aufgabe sei, wird Mittermaier gewiß nicht behaupten wollen.

Zu 3. Mein verehrter Gegner gibt zu, daß „bei der Verhandlung in der Berufungsinstanz eine Reproduktion des Verfahrens der ersten Instanz — in einer gewissen Hinsicht — häufig nicht möglich sei.“ Ich muß in Parenthese bemerken, daß ich mich etwas anders ausgedrückt habe. S. §. 33 der ersten Abth. — Mittermaier meint aber, daß „die Gegner das Gewicht dieses Verhältnisses überschätzen.“ (?) — „Es dürfe nicht übersehen werden, daß in vielen Fällen der Berufung es nur auf eine juristische Beurtheilung ankomme, wo der Appellirende das Urtheil in Bezug auf den Schuldbeweis nicht angreife“...

Aus diesem Einwande ergibt sich ganz klar, daß mich mein Gegner gänzlich mißverstanden hat. Wenn es nur auf eine juristische Beurtheilung ankommt, und der Appellant das Urtheil in Bezug auf die Thatfrageentscheidung nicht angreift, so hat eben nach meinen Vorschlägen der Staatsanwalt oder der Angeklagte das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde, braucht also die Berufung nicht. Jedenfalls kann der bezeichnete Einwand mir gegenüber nicht erhoben werden. — Mittermaier bleibt aber auch bei diesem Einwande nicht stehen. „Allein wo auch die Appellation darauf gerichtet

ist, daß das Gericht mit Unrecht den Angeklagten für schuldig erkannte, wird in vielen Fällen der Appellirende nicht bestreiten, daß die Zeugen eine gewisse Aussage machten; er wird aber zeigen, daß ein Zeuge wegen seiner persönlichen Verhältnisse unglaubwürdig ist, oder daß seine Aussage durch andere Zeugen widerlegt wird, oder daß die Richter aus seinen Aussagen zu viel ableiteten, oder daß auf den angeführten Indizien kein genügender Beweis gebaut werden kann".

Womit wird er dies Alles zeigen? Will er es mittels neuer Thatsachen oder Beweismittel zeigen, so steht ihm dafür die (erweiterte) Revision zu Gebote; — will er es aber ohne nova zeigen, so muß eben vorher die Statthaftigkeit der Urtheilsanfechtung wegen unrichtiger Thatfrageentscheidung bei unveränderter Aktenlage nachgewiesen sein. Mit einem „Er wird zeigen" ist aber dieser Nachweis noch nicht geliefert. Wie wenig sich mein Gegner an die Frage hält, um die sich der Streit dreht, zeigt er namentlich hier unter Ziffer 3, indem er bald solche Fälle hereinzieht, wo „es nur auf eine juristische Beurtheilung ankommt", bald (S. 311) solche Fälle, wo die Oberrichter „neue Beweise zu hören" bekommen.

Wenn es aber mein verehrter Gegner schrecklich findet, „daß in einem Gerichte von fünf Richtern eine Mehrheit von Dreien inappellabel die Todesstrafe oder Zuchthaus von 20 Jahren sprechen kann", so bin ich zwar vollkommen derselben Ansicht, glaube aber, daß daraus im Allgemeinen und in abstracto (abgesehen nämlich von dem dermaligen Gerichtswesen dieses oder jenes bestimmten Staates) für die Appellation als solche gar Nichts abzuleiten sei.

Ich werde auf diesen Einwand am Schlusse dieser Erörterungen zurückkommen, wo ich von der Arnold'schen Argumentation zu sprechen habe. Vorläufig will ich nur das bemerken, daß die „Inappellabilität" mit Rücksicht auf die Nichtigkeitsbeschwerde und die Revision doch einigermaßen zu reduziren sein dürfte, — und daß auch de lege ferenda die Nothwendigkeit der Todesstrafe noch immer eine offene Frage ist. Vgl. neuestens wieder C. R. Köstlin „System des deutschen Strafrechts §. 125 S. 443. Indessen ist es auch nicht nach meinem Geschmacke, wenn drei Richter die Macht haben, 20 Jahre Zuchthaus auszusprechen. Doch hievon unten. —

Zu 4. Was Mittermaier hier anführt, bedarf nach dem,

was ich zu 2 und 3 bemerkt habe, keiner besondern Widerlegung. Nur kann ich nicht unerwähnt lassen, daß mir unverständlich geblieben ist, was er S. 306 unter Ziffer 4 anführt; wenigstens muß ich dagegen protestiren, daß dies meine Worte seien.

Zu 5. Auch das, was mein Gegner hier anführt, ist durch die vorstehenden Erörterungen bereits beseitiget. Da ich nämlich für die Urtheilsanfechtung wegen unrichtiger Thatfrageentscheidung ex capite novorum die Revision vorgeschlagen habe, so kann ich mich offenbar nicht mehr auf die Frage einlassen, ob „neue Beweise in der zweiten Instanz" zulässig oder unzulässig seien. Da mir aber mein Gegner hier statistische Notizen entgegenhält, so will ich diese Gelegenheit benützen, um meine Ansicht hierüber ein für alle Mal auszusprechen.

Für's Erste müßte, wenn aus den fraglichen statistischen Notizen irgend ein haltbares Argument gegen meine Erörterungen abgeleitet werden wollte, zwischen den in dem Chaos der Appellation enthaltenen wesentlich von einander verschiedenen Beschwerden gehörig unterschieden werden. Es müßte nachgewiesen werden, wie viele Appellationen wegen unrichtiger Thatfrageentscheidung ohne Vorbringen von neuen Thatsachen oder Beweismitteln vorkommen, und wie viele abändernde Erkenntnisse seitens der Appellationsgerichte auf solche Beschwerden hin ergangen sind. Denn nur diese Beschwerden werden von mir in Frage gestellt. Alle übrige Statistik kann Nichts gegen mich beweisen.

Aber gesetzt auch, dieser statistische Nachweis wäre geliefert [1]): — könnte daraus sofort auf die Nützlichkeit und Nothwendigkeit der Appellation (für die fraglichen Fälle) geschlossen werden? Mit Nichten; zu diesem Schlusse wäre der weitere — schwerlich zu liefernde — Nachweis erforderlich erstens, daß die angefochtenen Thatfrage-Entscheidungen der Untergerichte wirklich fehlerhaft, und daß zweitens die die Entscheidungen der Obergerichte richtig gewesen. Nur wenn auch dieser Nachweis geliefert wäre, könnte von einer mir entgegenstehenden „Erfahrung" gesprochen werden. Die beiden Nachweise ist man aber schuldig geblieben.

---

1) Mittermaier selbst bezeugt aber S. 304 das Gegentheil.

Die bloße Thatsache, daß von der Appellation im Allgemeinen Gebrauch gemacht wird, und daß die untergerichtlichen Entscheidungen von den Obergerichten abgeändert werden, ist weder ein Beweis für die Nothwendigkeit, noch auch für die Nützlichkeit der Appellation.

Zu 6. Hier bespricht mein Gegner einen sehr interessanten Punkt. Ich habe in der I. Abtheilung meiner Schrift S. 165 die Bemerkung fallen lassen, daß die Anhänger der Appellation (resp. des hier in Frage stehenden Bestandtheiles derselben) diese weit zu überschätzen pflegen" und S. 167, daß „eine einmalige, aber gründliche, erschöpfende und allseitige Verhandlung der Sache besser sei, als jede Anstalt zur Verbesserung einer mangelhaften."

Von diesen und vielleicht von ähnlichen Aeußerungen anderer Schriftsteller [1]) nimmt M. Anlaß die Warnung auszusprechen, daß man nicht von den (auch von ihm anerkannten) Vorzügen des mündlichen Verfahrens vor dem schriftlichen sofort auf die Entbehrlichkeit der in der Berufung liegenden Garantie schließe. Dagegen muß ich vor Allem bemerken, daß ich für meinen Theil einen solchen „Sprung im Schließen" auch nicht gemacht habe, wie denn auch die Citate unter dieser Ziffer auf S. 306 und 307 entnehmen lassen, daß M. hier die preußische und sächsische Gesetzgebung vor Augen habe. Ich glaube mich daher auch in Bezug auf das, was M. hier anführt, in keine ausführliche Erörterung einlassen zu müssen.

Nur die Bemerkung kann ich nicht unterdrücken, daß es mir auffallend erscheint, wenn M. sagt, „die Berufung gegen das Verweisungserkenntniß werde dem Angeschuldigten in den meisten Fällen wenig nützen, da das Urtheil, ob der vorliegende Verdacht genügend sei, um vor Gericht zu stellen, auf einer willkührlichen Grundlage beruhe." Ich finde hierin — abgesehen davon, daß der Ausdruck „willkührlich" ungeeignet ist — eine Bestättigung des Hauptgrundes, aus welchem ich in der I. Abtheilung meiner Schrift S. 119 die Berufung (resp. die Urtheilsanfechtung der Thatfrage-Entscheidung bei unveränderter Aktenlage) für verwerflich erklärt habe, denn „das Urtheil, ob der vorliegende Verdacht genügend sei, um vor Gericht zu stellen", beruht nach meiner Ansicht auf keiner

1) S. auch die unten anzuführende Aeußerung v. Arnold's im Gerichts-Saal VI. Jahrg. Aprilheft S. 286.

„willkührlicheren" Grundlage, als die Thatfrage-Entscheidung bei der Endabburtheilung.

Jenes Urtheil haben die Richter ebenso nach ihrer aus den vorliegenden Verdachtsgründen zu schöpfenden freien Ueberzeugung zu fällen, wie die Richter bei dem Endurtheile die Thatfrage nach ihrer aus den vorgeführten Beweisen zu schöpfenden freien Ueberzeugung zu entscheiden haben. Was M. hier „Willkühr" nennt, ist vielmehr die Freiheit der Ueberzeugung, — die für beide Entscheidungen anerkannt ist.

Uebrigens fragt es sich erst noch, ob die Anfechtung eines Verweisungsbeschlusses wegen Mangels an hinreichendem Verdachte zuläßig ist, und ich habe diese Frage in §. 95 und 96 der zweiten Abtheilung meiner Schrift konsequent aus denselben Gründen verneint, aus welchen ich mich gegen die Statthaftigkeit der Urtheils-Anfechtung wegen unrichtiger Thatfrage-Entscheidung (bei unveränderter Aktenlage) erklärt habe. Ein Rechtsmittel gegen Verweisungs-Beschlüsse unter dem Namen „Berufung" oder „Appellation" kommt in meiner Schrift gar nicht vor.

Ferner muß ich hier wiederholt darauf aufmerksam machen, daß M. auch S. 315 wieder die Fälle in die Diskussion hereinzieht, in denen ein Urtheil mit neuen Thatsachen oder Beweismitteln angefochten werden will.

Endlich kann ich aber auch nicht verschweigen, daß ich meinem verehrten Gegner auf's Wort glaube, wenn er versichert, daß er die Vorzüge des neuen Verfahrens vor dem früheren vollkommen anerkenne; und er hätte nicht nöthig gehabt, sich hiebei darauf zu berufen, daß er diese Vorzüge schon seit 40 Jahren ans Licht zu stellen bemüht gewesen. Wer kennt nicht die großen Verdienste Mittermaiers um Verbesserung des deutschen Strafverfahrens? Wer weiß nicht, daß er seit vierzig Jahren der Vorkämpfer aller der verdienstvollen Männer gewesen, die auf diese Verbesserung hingearbeitet haben. Er hat sich dadurch ein monumentum aere perennius selbst gesetzt; Mitwelt und Nachwelt aber werden ihm die verdiente Anerkennung und den schuldigen Dank nicht vorenthalten!

Zu 7. Was M. hier anführt, ist nicht gegen mich gerichtet,

indem ich mich nicht darauf berufen habe, „daß sobald man Appellation gestatte, diese auch dem Staatsanwalte gestattet werden müsse.“

Ebensowenig habe ich endlich die Appellation wegen der mit ihr verbundenen Kosten für verwerflich erklärt. Ich bin daher auch nicht schuldig, eine deßfallsige Rechtfertigung zu übernehmen, und bin somit mit meiner Erwiderung auf die Mittermaier'schen Einwendungen zu Ende. Möchte sie zu einer Verständigung über den Gegenstand mit meinem verehrten Gegner führen, dessen große Verdienste Niemand bereitwilliger anerkennen, und den zum Gegner zu haben Niemand mehr bedauern kann, als der Verfasser dieser Erwiderung.

Sollten aber auch diese Erwiederung und namentlich die am Eingange derselben gegebenen Aufklärungen die gewünschte Verständigung nicht herbeiführen, so werden dies vielleicht doch die folgenden Bemerkungen über das, was Arnold über die Frage sagt, zu bewirken vermögen.

„Wenn vor den erkennenden Gerichten,“ — bemerkt A. im Gerichtssaal VI. Jahrgang Aprilheft („die St.-P.-O. für das K. Oesterreich v. 29. Juli 1853 dargestellt v. A.) S. 286 — „das Prinzip der Mündlichkeit oder Unmittelbarkeit angewendet wird, so muß man auch den in der Erfahrung bewährten Satz zugeben, daß eine vollständige ganz getreue Reproduktion dessen, was vor dem erkennenden Gerichte erster Instanz vorgekommen, insbesondere eine Reproduktion der psychologischen Eindrücke und ihrer Wirkungen in der zweiten Instanz wo nicht ganz unmöglich, doch in den wenigsten Fällen möglich ist. Sehr natürlich ist daher der Gedanke, daß wenn es in den wenigsten Fällen möglich ist, der zweiten Instanz die Verhandlungen so vollständig und getreu vorzuführen, wie dies in der ersten Instanz geschehen, wenn sogar der Zeitverlauf bis zur Verhandlung zweiter Instanz die Unmöglichkeit vollständiger Verhandlung, ja sogar Verlust der Beweismittel, Entweichung aus dem Gedächtnisse herbeiführen kann, eine Berufung, die nur a judice melius informato ad judicem male informatum stattfinden würde, über die Schuldfrage gar nicht zugelassen werden sollte. Dieser Ansicht muß man auch dann, aber auch nur dann beipflichten, wenn die Staatsgewalt die Strafgerichte so zahlreich besetzt, daß von ihnen in einer einzigen Instanz die richtige Entscheidung der Schuldfrage mit derjenigen Zuversicht erwartet werden kann,

welche man in menſchlichen Dingen überhaupt zu fordern berechtigt iſt....“ „Wo man keine Schwurgerichte will, da würde man jener Sicherheit am nächſten kommen, wenn zwölf juriſtiſch gebildete, wohl erfahrene, gut beſoldete und gegen willkührliche Entfernung vom Richteramte ebenſo wie gegen Schmälerung ihrer Beſoldung geſicherte Richter, deren Charakter untadelhaft, über die Schuldfrage zu entſcheiden hätten und den Schuldausſpruch nur mit einer Mehrheit von acht Stimmen fällen könnten. Ein ſo beſetztes Collegium als einzige Inſtanz über die Schuldfrage würde, bei öffentlichem Verfahren, wenn es auch Entſcheidungsgründe geben würde, weit mehr Vertrauen verdienen, als zwei oder drei Inſtanzen. Denn nicht nur hätte es die Verhandlung ſelbſt mit angeſehen und angehört, ſondern es wäre auch die Zahl der Richter derjenigen bei zwei, ja ſogar bei drei Inſtanzen zuſammen ziemlich gleich; dieſe Richter würden gleichzeitig und unmittelbar über das Thatſächliche in Kenntniß geſetzt und ſelbſt der Koſtenaufwand wäre ſo gar verſchieden nicht.“

Im Prinzip iſt alſo Arnold mit der Anſicht von der Unſtatthaftigkeit der Urtheilsanfechtung wegen unrichtiger Entſcheidung der Thatfrage bei unveränderter Aktenlage einverſtanden; „man muß dieſer Anſicht beipflichten!“ Mehr will ich nicht und brauche ich nicht. Freilich führt er nur den Einen Grund hiefür an, daß es nicht möglich oder doch nur in den wenigſten Fällen möglich ſei, das in erſter Inſtanz vorgeführte Beweismaterial in zweiter Inſtanz vollſtändig und getreu zu reproduciren, — und im Archive des Krim. R. 1854 St. 2 (der Entwurf einer St.-P.-O. für das K. Sachſen angezeigt von A.) S. 251 bekämpft er den von mir in der I. Abth. §. 30 angeführten Grund, welcher aus dem Mangel einer bindenden Beweistheorie oder, was daſſelbe iſt, aus dem Prinzipe der Entſcheidung der Thatfrage nach der freien Ueberzeugung des Richters abgeleitet iſt. Er bemerkt, „der Mangel an poſitiv feſtgeſetzten Regeln (Beweisregeln) geſtatte zwar die Möglichkeit, daß beide Inſtanzen ſelbſt in den Regeln verſchieden ſeien; allein es ſei ja nicht nothwendig, daß die zweite Inſtanz gerade nach denſelben Regeln urtheile, welche die erſte Inſtanz leiteten; es ſei nicht die Frage, ob die erſte Inſtanz eine gewiſſe Regel richtig aufgefaßt und richtig angewendet, ſondern ob ſie richtig geurtheilt habe: daß hierüber die

zweite Instanz richtiger entscheiden könne, daß sie die richtigeren Regeln aufstellen, richtiger urtheilen könne, das lasse sich nicht bestreiten, weil die Richter zweiter Instanz in der Regel aus den tüchtigsten der ersten Instanz genommen werden und das Gericht zweiter Instanz gewöhnlich zahlreicher besetzt sei."

Von dieser Argumentation kann ich nur das Letzte gelten lassen, — nur das nämlich, daß im Allgemeinen ein Kollegium von etwa sieben Richtern caeteris paribus mehr Garantie für eine richtige Thatfrageentscheidung, wie überhaupt für eine richtige Urtheilsfällung biete, als ein Kollegium von fünf Richtern. Dem einzelnen Mitgliede eines Obergerichts an und für sich oder einer bestimmten Anzahl solcher Mitglieder kann ich in Bezug auf die Funktion der Thatfrageentscheidung keinen Vorzug vor dem einzelnen Mitgliede resp. vor der gleichen Anzahl von Mitgliedern eines Untergerichts einräumen, — und zwar aus dem Grunde nicht, weil diese Funktion keine specifisch juristische ist, sondern eine allgemein logische, und weil, wie A. selbst sagt, das, „was gewiß und was wahrscheinlich ist, jedem von der Natur mit hinreichenden Geisteskräften begabten Menschen eine Logik lehrt, die er nicht erst zu lernen braucht." Wenn sich annehmen ließe, daß die Mitglieder eines Obergerichts einen besseren Menschenverstand besitzen, als die eines Untergerichts, dann würde ich es auch für unbestreitbar halten, daß die Obergerichte die Thatfrage besser entscheiden können, als die Untergerichte. Eine solche Annahme scheint mir aber unter unsern dermaligen Verhältnissen in der That nicht zulässig zu sein!

Etwas Anderes ist es, wenn man sich, wie dieß auch Mittermaier hie und da gethan, auf die äußeren Verhältnisse bei den Gerichten der ersten Instanz, auf den übergroßen Geschäftsdrang bei denselben, auf die unzureichende Zahl der Mitglieder dieser Gerichte, sowie endlich auf die prekäre Stellung dieser Richter beruft, um zu zeigen, wie gefährlich es sei, einem Kollegium von drei oder fünf solcher Richter die Thatfrageentscheidung in der Weise zu übertragen, daß dieselbe nur ex capite novorum angefochten werden dürfe.

Auch ich halte eine solche Einrichtung — abgesehen von ganz geringen Bagatellsachen — für durchaus unzulässig und will mich hiemit feierlichst dagegen verwahrt haben, als hätte ich ihr das Wort reden wollen. Ich kann mich in dieser Beziehung darauf berufen,

daß ich in der I. Abth. meiner Schrift S. 166 im Wesentlichen dieselben Forderungen gestellt habe, welche auch Arnold im Archiv und im Gerichtssaale stellt.

Eine andere Frage ist es aber, ob aus der Unzulässigkeit jener gefährlichen Einrichtung ohne Weiteres die Nothwendigkeit der Berufung zu folgern sei. Zunächst scheint mir aus derselben nichts Anderes gefolgert werden zu können, als daß die fraglichen Verhältnisse bei den Untergerichten zu verbessern, daß die Zahl der Richter bei denselben gehörig zu vermehren und daß ihnen eine unabhängige Stellung zu geben sei.

Erst dann, wenn dies wirklich absolut unmöglich wäre, mag man, wie mir scheint, zu dem Rechtsmittel der Appellation (in der fraglichen Anwendung desselben) als zu einem letzten Rettungsmittel seine Zuflucht nehmen. Ich kann aber in dieser Einrichtung, wenn ich sie mit einem gehörig besetzten Gerichte vergleiche, dessen Urtheil wegen unrichtiger Thatfrageentscheidung lediglich ex capite novorum anfechtbar ist, — nur eine halbe Maaßregel erblicken.

Unter einem gehörig besetzten Gerichte verstehe ich aber ein solches, welches qualitativ und quantitativ so beschaffen ist, daß es die von Arnold geforderte Garantie bietet. Ich schließe mich im Allgemeinen dem an, was A. in dieser Beziehung fordern zu müssen glaubt. Nur in Einem Punkte scheint er mir etwas zu weit gegangen zu sein, nämlich in Bezug auf die Zahl, die er ohne Unterschied für alle Fälle, wo Staatsrichter (rechtsgelehrte Richterbeamte) ohne Zuziehung von Geschwornen zu entscheiden haben, verlangt.

Darin stimme ich ihm zwar bei, daß über die schwereren Fälle (crîmes) entweder 12 Geschworne, oder wo man diese nicht will, 12 Richterbeamte urtheilen sollen, und daß für den Schuldausspruch wenigstens 8 Stimmen erforderlich seien. Wenn er aber (Gerichtssaal S. 288) weiter behauptet, daß auch „die Frage, ob Jemand eines (sei es auch eines geringeren) Verbrechens oder eines Vergehens sich schuldig gemacht habe, für den Angeschuldigten zu wichtig sei, als daß man den Schuldausspruch einer geringeren Anzahl von Richtern als einziger Instanz anvertrauen dürfte," und daß also „nichts übrig bleibe, als da, wo nicht Geschwornengerichte oder 12 Richter den Wahrspruch fällen, über die Schuldfrage Berufung zuzulassen," — so muß ich dagegen für's Erste

innern, daß wenn auch weniger als 12 Richterbeamte urtheilen, gegen das Urtheil Nichtigkeitsbeſchwerde und Reviſion zuläſſig ſind.

Sodann möchte ich doch fragen, ob denn nach franzöſiſchem Rechte in den korrektionellen Fällen, wenn man auch die erſte und die zweite Inſtanz zuſammenrechnet, wirklich 12 Richterbeamte urtheilen? Es iſt dies bekanntlich nicht der Fall; in erſter Inſtanz urtheilen vielmehr nur 3 und in zweiter nur 5, alſo im Ganzen nur 8 Richter. In Bayern, wo zur Zeit die Schwurgerichte noch nicht über alle Verbrechen, wie in Frankreich, urtheilen, beſteht die erſte Inſtanz in den Verbrechensfällen aus 5, die zweite aus 7, alſo beide zuſammen allerdings aus 12 Richtern, in den Vergehensfällen aber auch, wie in Frankreich, die erſte Inſtanz nur aus 3, die zweite aus 5, alſo beide zuſammen nur aus acht Richtern.

Der bayeriſche Entwurf einer St.-P.-O. von 1851 ſchließt ſich in der fraglichen Beziehung dem franzöſiſchen Rechte an (bei Vergehen erſte Inſtanz 3, zweite Inſtanz 5; und die Bezirksgerichte urtheilen in allen Vergehensfällen als erſte Inſtanz), und der bayer. Entwurf des Geſetzbuches über Verbrechen und Vergehen von 1854 bezeichnet Art. 1 als Vergehen alle ſtrafbaren Handlungen, die mit Gefängniß oder Geldſtrafe bedroht ſind; Gefängniß aber kann nach Art. 18 bis zu 5 Jahren erkannt werden.

Wenn man aber auch hievon und von dem franzöſiſchen Rechte vorläufig abſtrahirt, und nur in's Auge faßt, daß nach dermaligem bayer. Rechte über die korrektionellen Verbrechen in erſter Inſtanz 5, in zweiter 7 Richter urtheilen, — ſo darf doch nicht überſehen werden, daß es ein großer Unterſchied iſt, ob 12 Richter in einem einzigen Kollegium gleichzeitig miteinander berathen und abſtimmen, oder ob dies ſucceſſive und abgeſondert zuerſt von einem aus 5 und dann von einem aus 7 Richtern beſtehenden Kollegium geſchieht. Wenn ich das, was Arnold im Gerichtsſaal S. 287 unten („Ein ſo beſetztes Kollegium" ꝛc.) ſagt, recht verſtehe, ſo ſtimmt er mir bei, wenn ich der erſteren Einrichtung bei Weitem den Vorzug vor der letzteren gebe.

Es beſteht aber zwiſchen beiden Einrichtungen noch der weitere bedeutende Unterſchied, daß bei jener alle 12 Richter ohne Ausnahme der erſten vollſtändigen Verhandlung der Sache beiwohnen, während bei dieſer Einrichtung der bezeichneten Verhandlung nur fünf bei-

wohnen, die sieben übrigen aber sich mit der auch von Arnold als vergleichsweise mangelhaft anerkannten zweiten Verhandlung begnügen müssen.

Es ist also ein großer Irrthum, wenn man die beiden bezeichneten Einrichtungen als zwei gleiche Größen nebeneinander stellt. Wenn man die erstere auf die eine, die letztere auf die andere Wagschaale legt, so ergiebt sich durchaus kein Gleichgewicht. Vielmehr dürften sich beide Einrichtungen wie 12 : 8 gegeneinander verhalten; ein einziges Kollegium aus acht Richtern bestehend, dessen Thatfrageentscheiduug nur ex capite novorum anfechtbar ist, dürfte jedenfalls ebenso viel werth sein, als caeteris paribus zwei Kollegien aus 5 und 7 Richtern bestehend, die successive und abgesondert von einander berathen und urtheilen und von denen das letztere, also das zahlreicher besetzte nicht einmal der ersten vollständigen Verhandlung beiwohnt.

Wenn nun aber ein solches einziges aus 8 Richtern bestehendes Kollegium den Vorzug vor den so eben bezeichneten zwei Kollegien von 5 und 7 Richtern verdient, um wie viel mehr muß es den Vorzug verdienen vor zwei Kollegien, von denen das Eine nur aus 3, das Andere nur aus 5 Richtern besteht, und bei denen die angeführten Nachtheile auch vorhanden sind! Hier dürfte sich das Verhältniß beider Einrichtungen auf 8 : 6 bestimmen lassen. Auf keinen Fall kann gesagt werden, daß jene zwei Kollegien von 3 und 5 Richtern ebenso viel werth seien, wie das einzige Kollegium, welches aus 8 Richtern besteht.

Wenn nun aber dessenungeachtet für alle korrektionellen Strafsachen ein aus 9 oder doch aus 7 Richtern (mit Einschluß des Vorsitzenden) bestehendes Kollegium bestellt würde, so wäre dies offenbar der mehrerwähnten französischen Einrichtung bei Weitem vorzuziehen, und zwar um so mehr, als es sich ja durchaus nicht um Abschaffung alles Desjenigen handelt, was in der sog. Appellation chaotisch zusammen und durch einander geworfen ist, sondern nur um die Abschaffung eines verhältnißmäßig unbedeutenden Bestandtheiles derselben. Ich sage verhältnißmäßig unbedeutend, da nach dem eigenen Zeugnisse Mittermaiers (Arch. 1854 St. 2. S. 304) „die völlige Abänderung des Urtheils (durch die zweite Instanz) nur selten aus dem Grunde erfolgt, weil das zweite den Schuld-

beweis nicht annimmt." Gerade die Abänderung des untergerichtlichen Urtheils aus diesem Grunde ist aber der einzige und alleinige Zweck der Urtheilsanfechtung wegen unrichtiger Thatfrageentscheidung; — und dieser Zweck wird nach meines Gegners eigenem Zeugnisse „nur selten" erreicht! Man möchte in der That versucht sein, zu fragen, ob nicht dem Schatten eines Schattens nachgejagt werde. Jedenfalls läßt sich aus der obigen statistischen Notiz ein Argument für mich und gegen meine Gegner ableiten. „Die Erfahrung" spricht hienach für meine Ansicht!

Ich erlaube mir hier digressionsweise auch von dem weiteren ebendaselbst abgegebenen Zeugnisse Mittermaiers Akt zu nehmen, daß „die Fälle, in welchen das zweite Gericht findet, daß das erste mit Unrecht eine Handlung bestrafte, während kein Strafgesetz da war, bei manchen Gerichten die größte Zahl bilden." Für diese Fälle hat aber der Beschuldigte nach meinen Vorschlägen die Nichtigkeitsbeschwerde.

Dieses Rechtsmittel sowie die (erweiterte) Revision in Verbindung mit einem zahlreich genug besetzten und auch im Uebrigen gehörig bestellten Untergerichte sowie mit den von mir S. 166 der I. Abth. bezeichneten Garantieen machen nach meiner Ansicht in der That die Urtheilsanfechtung wegen unrichtiger Thatfrageentscheidung bei unveränderter Aktenlage ganz und gar entbehrlich. Freilich glaubt Arnold, daß „die Legislation große Verzögerung und Schwerfälligkeit in der Behandlung (der nova) verursachen würde, wenn sie keine nova in appellatorio zulassen, sondern diese zur besonderen Ausführung verweisen und erst nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils zulassen wollte."

Dagegen habe ich aber zu bemerken, daß wenigstens mir gegenüber von nova in appellatorio nicht wohl die Rede sein kann, da ich ein appellatorium gar nicht kenne. Nach meinen Vorschlägen ist die Revision zur Anfechtung der Thatfrageentscheidungen ex capite novorum da, — und wenn ich nova in facto nicht simultan mit der Nichtigkeitsbeschwerde verhandeln lassen will, so thue ich damit nur dasselbe, was jetzt bei den schwurgerichtlichen Fällen schon allenthalben Rechtens ist, indem bei allen Verhandlungen von Nichtigkeitsbeschwerden auf das rein Thatsächliche nicht eingegangen wird. Wie oft wird es denn auch vorkommen, daß gegen ein Urtheil die

Nichtigkeitsbeschwerde und die Revision (selbst in der von mir erweiterten Gestalt) zugleich begründet sind! Und sollte es vorkommen, was schadet es, wenn ein Rechtsmittel nach dem anderen eingelegt wird? Dergleichen Dinge sind in allen Gesetzgebungen unvermeidlich.

Auch bitte ich zu beachten, in welcher Weise nach meinen Vorschlägen die Behandlung (das Verfahren bei) der Revision vereinfacht würde. Nach meinen Vorschlägen würde insbesondere „die Ausführung von nova" oder die Revision nicht „erst nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils zuzulassen" sein.

Mit diesen Bemerkungen glaube ich auch die Bedenken Arnold's gegen die Abschaffung der Berufung resp. der Urtheilsanfechtung wegen unrichtiger Thatfrageentscheidung bei unveränderter Aktenlage gehoben zu haben.

In demselben Hefte des Archiv f. Kr.-R., in welchem sich die beiden Artikel von Mittermaier und Arnold befinden, hat aber zu allem Ueberflusse noch ein dritter (von Herrn Hofgerichtsrath Gerau in Darmstadt) Platz gefunden, der sogar ex professo „über das Rechtsmittel der Appellation im Strafprocesse" handelt. Ich sage zu allem Ueberflusse, weil die Argumentation dieses Artikels im Wesentlichen ganz dieselbe ist, wie die Mittermaier'sche und Arnold'sche. Ich bin dadurch der Mühe überhoben, mich auf denselben besonders einzulassen, — einer Mühe, die hauptsächlich darin bestände, auf die vielen Wiederholungen aufmerksam zu machen, die sich in diesem Artikel finden. Nur ein Paar Bemerkungen über denselben kann ich meinen Lesern nicht ersparen. „Gerade diese Unabänderlichkeit des Schuldausspruches des Geschwornengerichts" — so bemerkt Gerau S. 260 — „bildet bei mir stets Bedenken gegen diese Institution; allein bei dem Geschwornengerichte haben die Gesetze für den mit dem Wesen der Jury in nothwendiger Verbindung stehenden Wegfall der Appellation doch wenigstens andere Garantieen durch größere Zahl der Geschwornen ..... geschaffen."

Dagegen habe ich zu erinnern, daß der Wegfall der Appellation nach meiner Ansicht nicht in nothwendiger Verbindung mit dem Wesen des Geschwornengerichts, sondern mit dem Prinzip der freien Ueberzeugung des Richters bei der Thatfrage-Entscheidung stehe. Ich weiß nicht, was sich der Verfasser unter dem Wesen der Jury vorstellt, aber das weiß ich, daß auch nach englischem Rechte keine

Unabänderlichkeit des Schuldausſpruches des Geſchwornengerichts beſteht, welche bei demſelben ſtets ein Bedenken gegen dieſe Inſtitution bildet.

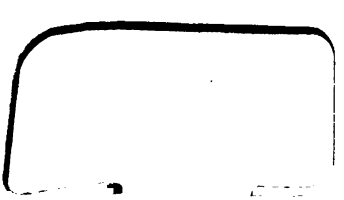
Ferner kann ich nicht unberührt laſſen, daß ſich auch Gerau nicht an das Thema hält, um welches es ſich in der vorliegenden Streitfrage handelt, indem er überall von einer Unanfechtbarkeit (Ausſchließung der Appellation) der Thatfrage-Entſcheidung überhaupt ſpricht, — während es ſich doch nur um die Anfechtbarkeit dieſer Entſcheidungen bei unveränderter Aktenlage handelt.

Wenn er daher S. 267 den Fall ſetzt, daß die Anſicht von der Unvereinbarkeit der „Appellation gegen die Entſcheidungen über die Thatfragen" mit „dem Prinzipe der Aburtheilung über die Thatfragen nach ſubjektiver Ueberzeugung der Richter (und mit dem Geiſte der mündlichen Verhandlung und unmittelbaren Beweisaufnahme vor den entſcheidenden Richtern)" „bei ſtrengerer theoretiſcher Auffaſſung wirklich begründet ſei," und wenn er „die Aufnahme dieſes Satzes in ein Prozeßgeſetz" (sic!) aus anderen — nicht aus der Natur der Sache hervorgehenden, ſondern aus „höheren gewichtigen, ſtaatspolitiſchen ꝛc. Gründen für unzuläßig hält", — ſo ſetzt er damit einen Fall, welcher nicht einmal von ſeinen Gegnern geſetzt worden iſt. Wenigſtens ich für meinen Theil kann, inſoferne in dieſer Hypotheſe ein Zugeſtändniß liegen ſoll, dieſes Zugeſtändniß nicht acceptiren, indem mir dasſelbe viel zu weit geht. Gerade „bei ſtrengerer theoretiſcher Auffaſſung" der Frage, ob die Thatfrage-Entſcheidungen anfechtbar ſeien, finde ich, daß dieſe Frage keineswegs unbedingt und en bloc verneint werden dürfe, und daß die fraglichen Urtheilsanfechtungen nicht ſammt und ſonders unzuläſſig ſeien. Freilich ſcheint Gerau den ſtrengeren theoretiſchen Auffaſſungen nicht ſehr gewogen zu ſein. Die einfache und beſcheidene Betrachtung der Natur der Sache und die Argumentation aus dieſer ſcheinen ihm ein zu niederer Standpunkt zu ſein; er zieht die Argumentation mit höheren ſtaatspolitiſchen Gründen vor; er hat überall den „oberſten Zweck aller Rechtsverwaltung im Staate" vor Augen; er unterſucht, was der „Grundpfeiler des Staats", was „das höchſte Bedürfniß, die höchſte Zierde eines gebildeten Volkes", was „die größte Kunſt des Geſetzgebers und ſeine erſte Pflicht" ſei, und worin „die höchſte Güte aller Prozeßeinrichtungen beſtehe"

.....S. 276 heißt es: „Ein solches unbedingtes Vertrauen wird unseren Gerichten in diesem Grade nie zur Seite stehen, weil es in den Erfahrungen über Unvollkommenheit alles menschlichen Wissens und Wirkens seine Begründung nicht findet. Gegenüber diesem Satze und dem Gebote der Rechtssicherheit müssen alle theoretischen Erörterungen in den Hintergrund treten, weil die Menschen die Bedürfnisse des praktischen Rechtslebens nicht nach theoretischen Sätzen, sondern nach den Erfahrungen des praktischen Lebens bemessen".

Hierauf erlaube ich mir nur eine ganz kurze Bemerkung. Von einem als eminent klug anerkannten Manne hörte ich die Aeußerung, er habe sehr häufig beobachtet, daß gerade solche Leute, die immer und überall predigen, man solle doch „praktisch" sein und sich selbst für überaus praktisch halten, die allerunpraktischsten Köpfe seien. Ich will dem Herrn Hofgerichtsrathe Gerau nicht zu nahe treten; aber gestehen muß ich, daß mich sein Aufsatz „über die Appellation" an die Bemerkung jenes Beobachters erinnert hat. Indessen will ich mir's gesagt sein lassen, daß die theoretischen Erörterungen in den Hintergrund treten müssen, und werde meinem praktischen Gegner den Vordergrund nicht weiter streitig machen. Nur die aus Obigem von selbst sich ergebende Erklärung habe ich schließlich abzugeben, daß ich natürlich die französische doppelte Instanz trotz all ihrer Mängel und Inkonvenienzen derjenigen Einrichtung vorziehe, wonach nur drei oder auch fünf Richter inappellabel erkennen. Ja ich ziehe die französische Einrichtung selbst dann der letzteren vor, wenn gegen das von drei oder fünf Richtern gefällte Urtheil die Nichtigkeitsbeschwerde und die (erweiterte) Revision gestattet sind. Denn wenn auch die Angabe Mittermaier's richtig ist, daß „die völlige Abänderung des (untergerichtlichen) Urtheils nur selten aus dem Grunde erfolgt, weil das zweite (das obergerichtliche Urtheil) den Schuldbeweis nicht annimmt", so kann ich mich eben doch nicht bei der Einrichtung beruhigen, daß (bei einem Kollegium von fünf Richtern) drei oder etwa gar (bei einem Kollegium von nur drei Richtern) zwei Stimmen einen Schuldausspruch erlassen können, der nur ex capite novorum anfechtbar ist und der zu einer Freiheitsstrafe von 5 oder gar von 8 Jahren (nach bayerischem Rechte in den korrektionellen Verbrechensfällen) führen kann.

Wenn es also absolut unmöglich sein sollte, für alle korrektionellen Strafsachen Kollegien von 9 oder gar 7 Richtern zu bestellen, dann würde ich auch für die Beibehaltung der Urtheilsanfechtung wegen unrichtiger Thatfrage-Entscheidung bei unveränderter Aktenlage stimmen. Aber diese Unmöglichkeit möchte ich doch vorerst bewiesen sehen! —

Berichtigungen.

Seite	4,	Zeile	4	von oben	lies	statt du lois — de la loi.
„	113,	„	10	„ „	„	verweisen — verweisen.
„	122,	„	6	„ unten	„	die — daß.
„	127,	„	10	„ „	„	gestützten — gestützte.
„	159,	„	17	„ oben	„	geschossen — geschlossen.
„	203,	„	6	„ „	„	gemeinschaftlichen — gemeinrechtlichen.